

الموضوع الأول:

حلول الإشكالات الشرعية في عقد المضاربة المصرفية

## محاور موضوع:

### حلول الإشكالات الشرعية في عقد المضاربة المصرفية

اتجهت البنوك في المملكة العربية السعودية بتوجيه من الجهات الإشرافية إلى إنشاء حسابات للادخار والتوفير قائمة على عقد المضاربة. ومع أن هيكل المضاربة المصرفية مؤسس على الصيغة الفقهية لعقد المضاربة، وهي شركة في الربح بين شريك بالمال وآخر بالعمل والإدارة، مع الاتفاق على نسب اقتسام الربح والشروط والأحكام ذات العلاقة. ومع ذلك فقد تضمن التطبيق المصرفي عناصر مستجدة احتاج إليها الهيكل المذكور ليتلاءم مع المتطلبات الفنية والمحاسبية، والمتطلبات المتعلقة بالمخاطر ومعايير الجهات الإشرافية، وهي تحتاج إلى نظر فقهي لتأصيلها والتأكد من أن التطبيق موافق للمقتضى الشرعي، من ذلك، وقد طلبت إدارة ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي في موسمها الثاني عشر من أصحاب الفضيلة العلماء البحث في الأحكام الشرعية لمسائل عقد المضاربة المصرفية الآتية:

#### المسألة الأولى: ضمان رأس المال:

تنص المعايير المحاسبية والقواعد الإشرافية وما جرى عليه العمل في البنوك بشكل عام على أن الأموال التي يتلقاها البنك من العملاء على نوعين: النوع الأول؛ ما يكون داخل الميزانية فهذا بناء على المعايير والقواعد المذكورة يكون مضموناً على البنك دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقود، ولو أن البنك كان في وضع شح السيولة أو في سبيل التصفية فكل من كانت أمواله داخل ميزانية البنك فهو أسوة الغرماء.

والنوع الثاني؛ هي الأموال خارج الميزانية، وبناءً على المعايير والقواعد المشار إليها فإن هذه الأموال غير مضمونة على البنك وإنما يده عليها يد أمانة.

والاتجاه المعاصر هو الفصل بين البنوك التجارية وبنوك الاستثمار؛ ويتربط على ذلك منع البنوك التجارية سواء كانت إسلامية أو تقليدية من قبول أموال خارج الميزانية. وعليه فإن واقع الحال أن رأس مال المضاربة لا مكان له إلا داخل الميزانية فيكون مضموناً على المصرف. وتنص اتفاقية فتح الحساب وعقد المضاربة أن المضارب لا يضمن رأس المال إلا أنه من المعلوم أن السيادة في حال التقاضي للقانون الذي يقول بالضمان.

هل يكون البنك مستوفياً للمتطلب الشرعي إذا نص على عدم الضمان ورضي بذلك رب المال ثم أسقط حقه في تضمين المضارب الذي تمنحه إياه المعايير والقواعد الإشرافية.

#### المسألة الثانية: وعاء المضاربة:

يقوم التطبيق المصرفي للمضاربة (من الناحية النظرية) على إنشاء وعاء خاص للأموال التي يتلقاها البنك في حساب المضاربة ويقتصر استخدام الأموال في هذا الوعاء على التمويلات والاستخدامات المستوفية للمتطلبات الشرعية، كما يظهر الربح وتسجل الخسائر في المضاربة في هذا الوعاء. والاشكال انه لا يوجد تعريف محدد للوعاء كما لا توجد طريقة عملية لإنشاء هذا الوعاء لأن البنك كله وعاء واحد.

ربما لا تكون هذه مشكلة لها مترتبات شرعية في البنوك الإسلامية حيث جميع المعاملات تتصف بالوصف المذكور (من ناحية المشروعية) إلا أنها مشكلة في البنوك التي تتضمن المعاملات الإسلامية والتقليدية.

ولما كان الغرض من إنشاء الوعاء هو التأكد ان جميع الأموال التي تلقاها البنك على سبيل المضاربة تستخدم في تمويلات شرعية لتكون الأرباح الموزعة على أبواب المال من مصادر مباحة، وبما أن النقود لا تتعين بالتعين فقد اتخذت هذه البنوك قاعدة يفترض انها تفي بالغرض وتحقق المطلوب وهي مجرد التأكد ان الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة، فإذا تأكد ذلك فإنه يعني الاطمئنان إلى ان الربح المتحقق لأصحاب حسابات المضاربة مصدره معاملات إسلامية.

هل يكون هذا الترتيب مستوفياً للمتطلبات الشرعية؟

#### المسألة الثالثة: الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح:

لا يخفى ان البنوك تتعامل مع آلاف العملاء الذين تختلف أرصدة حساباتهم وحاجتهم إلى السحب والإيداع في الحساب ولذلك اتجهت البنوك إلى وضع قواعد عامة لحسابات المضاربة منها اشتراط أن يكون هناك حد أدنى للرصيد في الحساب حتى يشارك في الربح وهي تعتمد لتحديد هذا الحد الأدنى على "متوسط الرصيد الشهري للحساب" بمعنى أن يقال؛ يجب أن لا يقل متوسط الرصيد الشهري عن كذا المتوسط الشهري (لنقل 10 آلاف ريال) فإذا نقص عن هذا الحد فإن صاحب الحساب لا يستحق ربحاً في نهاية الشهر عندما توزع الأرباح على الحسابات مع أن الرصيد في الحقيقة يجري استثماره بصرف النظر عن الرصيد. وقد اتجهت بعض البنوك إلى النص على أنه إذا نقص عن المتوسط المذكور تحول الحساب إلى حساب جارٍ.

#### المسألة الرابعة: نسبة الربح إلى رأس المال:

اعتاد الناس وفشي في معاملات المصارف نسبة الربح في الاستثمار إلى رأس المال فيقال معدل العائد على الاستثمار هو 5% أو أكثر أو أقل وهذا على خلاف ما نصت عليه المدونات الفقيه في جعل الربح في المضاربة جزأين جزء للمضارب وآخر لرب المال. وينص عقد المضاربة المصرفية على ان الربح قسمة بين المضارب ورب المال على الشيوخ (مثل: أن يقال الثلث، والثلثان) كما ورد في كلام الفقهاء؛ ولكن تبني الإعلانات ومحادثات التواصل التي تحصل مع العملاء نسبة الربح إلى رأس المال، كأن يقال الربح هو 5% أو أكثر أو أقل. وبما أن رب المال قد تنازل عن النسبة من الربح التي تزيد عن الربح المتوقع صارت هذه الطريقة أكثر وضوحاً وانسجاماً مع اللغة المعاصرة، فهل يحدث هذا جهالة مؤثرة على صحة العقد؟ إذ أن رب المال لا يعلم عن مقدار الربح المتحقق فعلاً.

#### المسألة الخامسة: استخدام الأوزان:

تعتمد بعض المصارف الإسلامية إلى استخدام الأوزان في حسابات المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة. الأصل أن الأموال التي يتلقاها المصرف على سبيل المضاربة تجمع في وعاء واحد وتستثمر في استثمارات مشتركة ويحصل كل ريال منها على نسبة من الربح متساوية مع جميع الريالات الأخرى بصرف النظر عن أصحابها، إلا أن البنوك تريد تشجيع الاستثمار فتعتمد إلى استخدام الأوزان لكي يحصل الريال الذي هو جزء من استثمار رصيده حساب قدره مليون ريال على نسبة ربح أعلى

من الريال الذي هو جزء من رصيد حساب قدره ألف ريال، أي أن صاحب المبلغ الأول تكون القيمة معه 70% (والمضارب 30%) وصاحب الحساب الآخر 60% (والمضارب 40%). فهل هذا أمر سائغ ولا سيما أن فيه تشجيعاً على الاستثمار؟

#### المسألة السادسة: ربط العائد بالمدة:

وتفرض بعض البنوك بين حسابات المضاربة بناء على المدة فيقال: إن الحساب الذي يلتزم صاحبه باستثمار مدته 6 أشهر يحصل على قسمة ربح مقدارها 70% لصاحب الحساب و30% للمصرف، بينما إن صاحب الحساب الذي يلتزم بالاستثمار لمدة 3 أشهر لن يحصل إلا على 60% والمضارب 40% وهكذا، إلا أن بنوكاً أخرى اکتفت بتحديد هذه النسب دون إلزام العميل بمدة معينة وإنما يتحدد نصيبه في الربح في آخر المدة، وله الاختيار في سحب أمواله في أي وقت.

وفي الوقت الذي يحسب فيه أمواله؛ ينظر فإن استمر 3 أشهر حصل على 60% وإن كان استمر 6 أشهر فالقسمة ستكون 70% لصاحب الحساب وهكذا. وعندما يجري ترجمة هذه القسمة إلى نسبة من رأس المال فيقال مثلاً الربح المتوقع لثلاثة أشهر 5%، وستة أشهر 7% وهكذا.

#### المسألة السابعة: التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع:

جرى العمل في اتفاقية فتح حساب المضاربة على النص على الربح المتوقع (مع التأكيد على أن هذا الربح ليس مضموناً من قبل المصرف)، ثم يضاف إلى ذلك أن صاحب الحساب (رب المال) يتنازل عما زاد عن هذه النسبة لصالح المضارب (البنك). وهو يتنازل عن ذلك ابتداءً قبل تحقق هذا الربح أو حصول التنضيق والقسمة، ولا يتمكن حتى من معرفة مقدار ما تنازل عنه من الربح.

#### المسألة الثامنة: تراكم الأرباح:

من المقرر في أحكام المضاربة أن الربح إنما يظهر بعض سلامة رأس المال ولا تعرف سلامة رأس المال إلا بالتنضيق (أي تحويل الأصول إلى ناصٍ وهو النقود) ونظراً إلى أن حسابات المضاربة في أكثر التطبيقات مفتوحة (أي يمكن للعميل أن يسحب من حسابه أو يضيف إليه بشكل يومي) فإن التنضيق يحصل يومياً (على أساس ما جرى عليه العمل في المصارف الإسلامية من إجازة التنضيق الحكمي)، فإذا كان الأمر كذلك فإن عقد المضاربة يجري إنهاؤه يومياً، ثم يدخل الطرفان في عقد جديد في اليوم التالي بصورة تلقائية، وأكثر المصارف لا تتبنى الطريقة التراكمية بمعنى أنها لا تجعل رأس مال المضاربة في اليوم التالي هو رأس مال اليوم السابق مضافاً إلى ربح اليوم السابق (Compounding) وإنما تعزل الربح وتعيد المضاربة بنفس رأس مال اليوم الأول، وهذه الطريقة أفضل بالنسبة للبنوك إلا أنه قد أثبتت عليها بعض الملاحظات من ناحية العدالة. فهل هذه الطريقة موافقة للمقتضى الشرعي؟

# حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

أ. د. نزيه كمال حمّاد

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 21-22 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

توطئة:

يقوم هيكل المضاربة المصرفية الحالي على الصيغة الفقهية التراثية لعقد المضاربة، حيث تكون الأموال (الودائع الاستثمارية) لدى المصرف خارج الميزانية، وبذلك تكون يده عليها يدَ أمانة، لا يد ضمان.

غير أن التطبيق المصرفي تضمّن عناصر مستجدة، احتاج إليها الهيكل المذكور ليتلاءم مع المتطلبات الفنية والمحاسبية، والمتطلبات المتعلقة بالمخاطر ومعايير الجهات الإشرافية. وهي تحتاج إلى نظر فقهي لتأصيلها والتأكد من أن التطبيق موافق للمقتضى الشرعي.

وأبرز محاورها: (1) ضمان رأس المال. (2) وعاء المضاربة. (3) الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح. (4) نسبة الربح إلى رأس المال. (5) استخدام الأوزان. (6) ربط العائد بالمدة. (7) التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع.

## المسألة الأولى

### ضمان المصرف رأس مال المضاربة

(حيث إنه من الناحية التطبيقية للدواعي المشار إليها: لا مكان لرأس مال المضاربة إلا داخل الميزانية، وعلى ذلك فلا بُدَّ من كونه مضموناً على المصرف.

ومع أن اتفاقية فتح الحساب في الودائع الاستثمارية تنص على أن المضارب لا يضمن رأس المال، فإن السيادة في حال التقاضي للقانون الذي يقول بالضمان) كما جاء في المذكرة الإيضاحية المقدمة من الهيئة التحضيرية للندوة في كتاب الاستكتاب.

ومن ثم جاء السؤال المطروح منها للبحث: هل يكون البنك مستوفياً للمتطلب الشرعي إذا نص على عدم الضمان، ورضي بذلك رب المال، ثم أسقط حقه في تضمين المضارب الذي تمنحه إياه المعايير والقواعد الإشرافية؟

وجوابي على ذلك: أن هذا الأسلوب المقترح غير مبني على أساس صحيح، ولا يتضمن حلاً حقيقياً للإشكالية، وهو مجرد التفاف على الحقيقة والواقع، لا معنى له في نظري ولا مُسَوِّغ.

وقد ظهر لي بما لا يدعُ مجالاً للشك أو التردد -بعد قراءة اجتهادية "متنأنية" معمّقة لأصلي عقد المضاربة، ومأخذ (مُدرك) أحكامه التفصيلية، ومستند أقاويل الفقهاء في موجباته ومقتضياته- أن تضمينَ يد المضارب بالعرف أو بالشرط أو بتراضي العاقدین سائغٌ صحيح في النظر الشرعي المؤصّل، ولو كان على خلاف المقتضى الأصلي لعقد المضاربة في الفقه الموروث، لعدم ثبوت دليل شرعي حاصر.

وتفصيل هذه الجملة في المطلبين الآتيين:

## المطلب الأول:

### المستند الشرعي لجواز المضاربة

#### ومأخذ أحكامها التفصيلية

1- لا خلاف بين أهل العلم في مشروعية عقد المضاربة (القراض)، وأنه المرجع في تحديد العلاقة بين المصرف الإسلامي وأصحاب الودائع الاستثمارية لديه.

2- كما أنه لا خلاف بينهم في أنه لم يرد في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- القولية نصاً خاص يدل على جواز هذا العقد، أو يدل على شيء من مقتضياته أو أحكامه، غير أنه ثبت بالسنة التقديرية جوازُه في الجملة، حيث إنه كان معاقدة مشهورة في الجاهلية، فأقرها الإسلام على حالتها التي كان التعامل بها جارياً. كما حُكي الإجماع على مشروعيتها في الجملة.

- قال ابن رشد: "لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض، وأنه مما كان في الجاهلية، فأقره الإسلام. وأجمعوا على أن صفتَه: أن يعطي الرجل الرجلَ المالَ على أن يتَّجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال؛ أي جزء كان مما يتفقان عليه ثلثاً أو ربعاً أو نصفاً"<sup>1</sup>.
- وقال ابن حزم: "كل أبواب الفقه ليس فيها باب إلا وله أصل في القرآن أو السنة نعلمه -ولله الحمد-، حاشا القراض، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنه كان في عصره -صلى الله عليه وسلم-، فعلم به وأقره"<sup>2</sup>.
- وقال ابن المنذر: "ولم نجد للقراض في كتاب الله ذكراً، ولا في سنة نبيه -صلى الله عليه وسلم- ووجدنا أهل العلم قد أجمعوا على إجازة القراض بالدنانير والدرهم"<sup>3</sup>.
- وقال القاضي أبو بكر ابن العربي: "القراض عقد كان في الجاهلية، وأقره الإسلام، وفعله النبي -صلى الله عليه وسلم- قبل البعث، قارضته خديجة، فقبل قراضها، وخرج به إلى الشام، وبُعِث النبي -صلى الله عليه وسلم-، ولم ينكره في شريعة الإسلام حتى استأثر الله به"<sup>4</sup>.
- وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "لا خلاف بين الأئمة في جواز القراض في الجملة، وإن اختلفوا في كثير في أحكامه ... وإنما لم يدخل في ذلك من يدخله فيه بأجرة معلومة؛ لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزء من الربح"<sup>5</sup>.
- وقال ابن تيمية: "المضاربة جَوَّزها الفقهاء كلهم إتباعاً لما جاء فيها عن الصحابة، مع أنه لا يحفظ فيها بعينها سنة عن النبي -صلى الله عليه وسلم-"<sup>6</sup>.
- وقال الشوكاني: "صرح جماعة من الحفاظ بأنه لم يثبت في المضاربة شيء مرفوع إلى رسول الله -صلى الله عليه وسلم-،

(1) بداية المجتهد 326/2، وانظر المقدمات الممهدة لابن رشد الجد 6/3

(2) مراتب الإجماع ص 91

(3) الأوسط لابن المنذر 561/10، الإشراف على مذاهب العلماء 6/206

(4) القبس على الموطأ 421/17، وانظر المسالك على الموطأ لابن العربي 6/200

(5) المعونة على مذهب عالم المدينة 2/1119

(6) مجموع فتاوى ابن تيمية 101/29، القواعد النورانية الفقهية ص 167

بل جميعاً ما فيه آثاؤه عن الصحابة، وقد وقع إجماعٌ من بعدهم على جواز هذه المعاملة، كما حكى غير واحد<sup>1</sup>.

● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية أيضاً: "كان بعضُ الناس يذكر مسائلَ فيها إجماع بلا نص كالمضاربة، وليس كذلك، بل المضاربة كانت مشهورةً بينهم في الجاهلية، لاسيما قريش فإن الأغلب كان عليهم التجارة، وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال، ورسول الله -صلى الله عليه وسلم- قد سافر بمال غيره قبل النبوة، كما سافر بمال خديجة، والعير التي كان فيها أبو سفيان كان أكثرها مضاربةً مع أبي سفيان وغيره، فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله -صلى الله عليه وسلم-، وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة، ولم يئنَّ عن ذلك، والسنة قولُه وفعله وإقراره، فلما أقرها كانت ثابتةً بالسنة"<sup>2</sup>.

3- وقد كان من حكمة المولى -عز وجل- ورحمته بالعباد أن شرع لهم في معاملاتهم المالية قضايا مطلقاً عن البيان والتفصيل والتحديد والتقييد، مبناها ومأخذها عوائدُ الناس وأعرافهم العملية، ليسهل عليهم تطبيق صورها ومسائلها في جميع الأزمنة والأمكنة، ومهما اختلفت الظروف والأحوال والمستجدات، ووكّل إلى الراسخين في العلم استنباط ما يتعلق بها من أحكام، وتفصيلها وفق ما جرى به العرفُ واقتضته المصلحة ما لم يكن في ذلك مخالفةٌ لكتاب الله أو سنة نبيه -صلى الله عليه وسلم-، ومن ذلك عقد المضاربة. وأصل ذلك وأساسه كما حكى إمام الحرمين الجويني: "أن ما ورد في الشرع غير محدود، وهو ما يُختلف في تفصيله، فالرجوع فيه إلى العرف، وسبب اقتصار الشرع على الإطلاق الإحالة على ما يفهمه أهل العرف في الفن الذي ورد الخطاب فيه"<sup>3</sup>.

● وقال ابن القيم: "إن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين"<sup>4</sup>  
● وقال القاضي ابن العربي: "العرف والعادة أصلٌ من أصول الشريعة يُقضى به في الأحكام"<sup>5</sup>  
● وقال الونشريسي: "إن من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة"<sup>6</sup>  
● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "قياس مذهب أحمد وأصوله أن ما لم يُقدِّره الشارعُ، فإنه يُرجع فيه إلى العرف"<sup>7</sup>  
● وقال أيضاً: "العقدُ المطلقُ يُرجع في موجهه إلى العرف ... فإن شرط أحدهما على صاحبه شرطاً لا يحرم حلالاً، ولا يُحلُّ حراماً، فالمسلمون عند شروطهم، فإن موجبات العقود تُتلقى من اللفظ تارة، ومن العرف أخرى. لكن كلاهما مقيدٌ بما لم يحرمه الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم-، فإن لكلٍ من العاقدين أن يوجب للآخر على نفسه ما لم يمنعه الله من إيجابه"<sup>8</sup>.

● وقال العلامة ابن سعدي: "العرفُ أصلٌ كبير، يُرجع إليه في كثير من الشروط والحقوق التي لم تتقدر شرعاً ولا لفظاً"<sup>9</sup>.  
4- وقد نبَّه بعضُ حذاق الفقهاء -في معرض بيانهم لأحكام عقد المضاربة وموجباته - إلى أن أساسها ومرجعها ومُدركها ومستندها إنما هو العرف العملي، وأن ما كان من ذلك موافقاً لعرف الناس وعوائدهم كان جائزاً معتبراً، وما كان مخالفاً له كان فاسداً مردوداً.

(1) وبل الغمام 167/2

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 195/19

(3) نهاية المطلب في دراية المذهب 292/8

(4) إعلام الموقعين عن رب العالمين 93/3

(5) أحكام القرآن 1085/3

(6) شرح أبي عبد الله محمد بن قاسم السجلماسي على نظم العمل لأبي زيد عبد الرحمن الفاسي 372/1

(7) مجموع فتاوى ابن تيمية 350/35

(8) مجموع الفتاوى 91/34

(9) المختارات الجليلة من المسائل الفقهية ص 55



ومن ذلك:

(أ) قول القاضي عبد الوهاب البغدادي في "المعونة": "لا خلاف بين الأمة في جواز القراض في الجملة، وإن اختلفوا في كثير من أحكامه ... وإنما لم يدخُل في ذلك مَنْ يدخُل فيه بأجرة معلومة؛ لأن العادة جارية من عهد الجاهلية إلى هذا الوقت بأن يعمل العامل في القراض بجزءٍ من الربح"<sup>1</sup>

وقوله أيضاً: "للعامل أن يسافر بالمال إذا أُطلق العقد، إلا أن يُشترطَ عليه تركُ السفر ..... لأن العقد إذا أُطلق حُمِل على مقتضاه وما جرى العرف به. وقد عُرف أن من عادة التجار التقلبُ بالمال حضراً وسفراً، وطلبُ النماء فيه بسائر الوجوه، كما أنهم يتقلبون به في سائر السلع ... فالإطلاقُ محمولٌ على العرف"<sup>2</sup>.

وقوله -رحمه الله- في "الإشراف": "إن القراضَ يقتضي التصرفَ في المال على العادة في طلب تنميته، والعادةُ جارية بالتجارة سفراً أو حضراً. فإذا أُطلق الإذن، فقد دخل على العادة، فيتضمن ذلك التصرفَ كلُّ ما يُعتاد مثله"<sup>3</sup>

(ب) تعليل الفقهاء اختلافهم في جواز بيع المضارب بالنسيئة باختلاف العرف والعادة في ذلك التصرف، وحدود الإذن العرفي

فيه.

حيث قال المرغيناني الحنفي في "الهداية": "يجوز للمضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة؛ لأن كل ذلك من صنيع التجار، فينظّمه إطلاقُ العقد، إلا إذا باع إلى أجلٍ لا يبيع التجارُ إليه؛ لأن له الأمرَ العامَ المعروفَ بين الناس"<sup>4</sup>.

● وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي - بناء على عدم جريان العادة بذلك في عصره-: "وليس للعامل أن يبيع بدينٍ إلا أن يأذن ربُّ المال، فإن فَعَلَ ضمِنَ"<sup>5</sup>

● وقال الإمام مالك في "الموطأ" لذات المعنى: "إذا دَفَعَ رجلٌ إلى رجلٍ مالاً قراضاً على أن يعمل فيه، فما باع به من دَيْنٍ فهو ضامنٌ له؛ إن ذلك لازم له، إن باع بدينٍ فقد ضمِنَه"<sup>6</sup>

● وجاء في تلخيص القاضي ابن رشد الحفيد لِمَنْشَأِ الخلاف الفقهي في المسألة ما نصه: "واختلفوا: هل للعامل أن يبيع بالدين إذا لم يأمره به ربُّ المال؟ فقال مالك: ليس له ذلك. فإن فَعَلَ ذلك ضمِنَ. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: له ذلك. والجميع متفقون على أن العامل إنما يجوز له أن يتصرفَ في عقد القراض بما يتصرفُ فيه الناسُ غالباً في أكثر الأحوال. فمن رأى أن التصرفَ بالدين خارجٌ عما يتصرفُ فيه الناسُ في الأغلب لم يُجزه. ومن رأى أنه مما يتصرفُ فيه الناسُ أجازَه"<sup>7</sup>

(ج) نصُّ الحنفية القائلين باستحقاق عامل المضاربة النفقة في السفر من مال المضاربة على أن مستند ذلك العرفُ والعادة.

(1) المعونة على مذهب عالم المدينة 1119/2

(2) المرجع السابق 1124/2

(3) الإشراف على نكت مسائل الخلاف 644/2

(4) الهداية مع فتح القدير 439/7

(5) المعونة 1124/2

(6) الموطأ 698/2

(7) بداية المجتهد ونهاية المقتصد 242/2

حيث جاء في "شرح مختصر الطحاوي" للجصاص: "(ونفقة المضاربة في مال المضاربة في السفر) لأنَّ سفره كان لأجل المضاربة، مع جريان العادة من التجار بمثله، وما جرت به العادة من ذلك فهو كالنطق به ... (والدواء والحجامة في ماله خاصة) لأنه نادرٌ خاص، وليست الحاجةُ إليه ضرورةً، فلم يكن كالطعام والشراب والركوب. وأيضاً: لم تَجْرِ العادةُ بمثله في أخذه من مال المضاربة"<sup>1</sup>

ونص شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية على أن استحقاقه النفقة فيه (بدون اشتراط) منوطٌ بجريان عرف الناس بذلك. فإن لم يكن هناك عرف أو عادة جارية بذلك فلا نفقة له في مال المضاربة.<sup>2</sup>

5- كما صرح كثير من المحققين من الفقهاء والأصوليين بأن الأحكام التي يكون مستندها (مأخذها / مُدركها) العرفُ والعادة تتغير بتغير العوائد والأعراف الجارية.

- جاء في "قواعد الفقه" للمقري: "كلُّ حكمٍ مرتبٍ على عادة، فإنه ينتقل بانتقالها إجماعاً"<sup>3</sup>
- وقال الزرقاني في شرحه على خليل: "وقد تقرر أن الأمور التي مبناهما العرف لا يُفتى فيها بما سُطِرَ في الكتب القديمة، وإنما يُنظَرُ فيها للعرف في كل بلد وزمن"<sup>4</sup>
- وقال القرافي في "الإحكام": "إن إجراء الأحكام التي مُدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلافُ الإجماع، وجهالةُ في الدين. بل كلُّ ما هو في الشريعة يتبَعُ العوائد يتغير الحكم فيه عند تغَيّرِ العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين حتى يُشترطَ فيه أهليةُ الاجتهاد، بل هذه قاعدةُ اجتهادٍ فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناس اجتهاد"<sup>5</sup>
- وقال فيها أيضاً: "وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكامُ في تلك الأبواب"<sup>6</sup>
- وقال القرافي في "الفروق": "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت ... فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك، لا تُجرِه على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده، وأجرِه عليه، وأفتِه به، دون عُرْفِ بلدك والمقرر في كتبك. فهذا هو الحق الواضح. والجمود على المنقولات أبدأً ضلالاً في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"<sup>9</sup>
- وعلق على ذلك العلامة ابن القيم بقوله: "وهذا محض الفقه. ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل، وكانت جنائته على الدين أعظم من جناية من طبَّب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم، بل هذا الطبيب الجاهل، وهذا المفتي الجاهل أضراً ما على أديان الناس وأبدانهم. والله المستعان"<sup>10</sup>.

(1) شرح الجصاص على مختصر الطحاوي 371/3

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 90/30، شرح منتهى الإرادات للبهوتي 332/2، كشف القناع 507/3، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية

للبلعي ص 145

(3) قواعد الفقه للمقري ص 478، القاعدة 1036

(4) شرح الزرقاني على خليل 129/3

(5) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص 231

6

7

(8) الإحكام ص 232

(9) الفروق 1/176

(10) إعلام الموقعين عن رب العالمين 89/3

● وقال ابن عابدين في رسالته "نشُرُ العَرَفَ في بناء بعض الأحكام على العُرْف": "اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا المنصوص في كتب المذهب لم يخالفوه إلا لتغير الزمان والعُرْف، وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان في زمنهم لقال بما قالوه"<sup>1</sup>.

● وقال أيضاً في رسالته "شرح عقود رسم المفتي": "إن جمود المفتي أو القاضي على ظاهر المنقول مع ترك العرف والقرائن الواضحة، والجهل بأحوال الناس يلزم منه تضييع حقوق كثيرة وظلم خلق كثيرين"<sup>2</sup>.

6- وقد استظهر بعض حذاق الفقهاء في أحكام العقود المبنية على العرف جواز اشتراط أحد الطرفين لنفع نفسه ومصالحته على الآخر ما ليس له بحسب العوائد الجارية أو المقتضى الأصلي للمعاقدة، وصحة تراضي العاقدین على ذلك إذا لم يترتب على ذلك تحليلٌ لحرام أو تحريمٌ لحلال أو تعطيلٌ للغاية الشرعية المقصودة من العقد<sup>3</sup>؛ لأن القوة الإلزامية في إيجاب الإنسان على نفسه ما لا يلزمه بالشرط أو بالتراضي أرجح وأولى بالاعتبار من مراعاة الأعراف ومقتضيات العقود.

● جاء في "القواعد الكبرى" للعز بن عبد السلام: "كلُّ ما يَنْبُتُ في العرف إذا صرح العاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صَحَّ"<sup>4</sup>.

● وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "العقد المطلق يُرجع في موجبه إلى العرف ... فإن شرط أحدهما على صاحبه شرطاً لا يُحرم حالاً، ولا يُحل حراماً، فالمسلمون عند شروطهم، فإن موجبات العقد تُتلقى من اللفظ تارة ومن العرف أخرى، لكن كلاهما مقيد بما لم يحرمه الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم-، فإن لكل من العاقدین أن يوجب للآخر على نفسه ما لم يمنعه الله من إيجابه"<sup>5</sup>.

وقال أيضاً: "وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المُشْتَرِطَ ليس له أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شَرْطَهُ حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يُسقط ما أوجبه الله .... وإنما المُشْتَرِطَ له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب ليس نفيّاً للإيجاب حتى يكون المُشْتَرِطَ مناقضاً للشرع، وكلُّ شرط صحيحٌ فلا بد أن يُفِيدَ وجوب ما لم يكن واجباً"<sup>6</sup>.

ومن الفروع الفقهية لهذا الضابط في باب المضاربة "مسألة نفقة العامل في الحضر" حيث ذهب جماهير أهل العلم إلى أنه ليس للعامل نفقةً في مال المضاربة ما دام في المصر، بناء على جريان العرف بعدم استحقاقها فيه؛ حيث إن العامل دخل في هذه المعاقدة على أن يستحق مقابل عمله حصّةً شائعة معلومة من الربح الحاصل، فليس له غيرها. ولو جعلت له النفقة على نفسه وعياله في الحضر، فربما أذهبت النفقة كلَّ الربح الحاصل، فتقطع الشركة<sup>7</sup>.

7- غير أن شيخ الإسلام ابن تيمية استظهر أن تكون له النفقة في الحضر -كما في السفر- إذا شرطها على رب المال، أو تراضيا على ذلك ابتداءً، ولو كان عرف الناس جارياً على عدم استحقاقها<sup>8</sup>.

(1) مجموع رسائل ابن عابدين 128/2

(2) مجموع رسائل ابن عابدين 131/2

(3) قال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "إن كل شرط في عقد يؤدي إلى فوات المقصود بالعقد أو تعذره فإنه مبطل له. أصله: إذا باع سلعةً على أن لا يتصرف فيها المشتري أولاً ببيعها، أو تزوج امرأة وشرط أن لا يطأها". (الإشراف على نكت مسائل الخلاف 643/2)

(4) القواعد الكبرى 311/2

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية 91/34

(6) مجموع فتاوى ابن تيمية 346/29

(7) انظر تحفة الفقهاء ص 392، المعونة 1123/2، عقد الجواهر الثمينة 805/2

(8) انظر كشاف القناع 507/3، شرح منتهى الإرادات للمهوتي 332/2

- جاء في "مجموع فتاوى ابن تيمية": "وسئل -رحمه الله-: هل يجوز للعامل في القراض أن ينفق على نفسه من مال المقارض حضراً أو سافراً؟  
فأجاب: إن كان بينهما شرط في النفقة جاز ذلك، وكذلك إن كان هناك عرف أو عادة معروفة بينهما، وأطلق العقد، فإنه يحمل على تلك العادة. وأما بدون ذلك، فإنه لا يجوز"<sup>1</sup>.
- وجاء في "الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية": "لا نفقة للمضارب إلا بشرط أو عادة، فإن شُرطت مطلقاً، فله نفقة مثله طعماً وكسوة"<sup>2</sup>.
- وقال المرداوي في "الإنصاف": "قال الشيخ تقي الدين ابن تيمية: ليس للمضارب نفقة إلا بشرط، أو عادة فيعمل بها. وكأنه أقام العادة مقام الشرط. وهو قوي في النظر. فإن شُرطها له وأطلق، فله جميع نفقته من المأكل والملبوس بالمعروف. هذا المذهب، وعليه أكثر الأصحاب"<sup>3</sup>.

### الخلاصة:

8- وبناء على ما تقدم من أن عقد القراض في الفقه الموروث لم يرد فيه نص تشريعي في الكتاب أو في السنة القولية، وأن مشروعيتها في الجملة ثبتت بالسنة التقريرية، ثم بالإجماع اللاحق عليها، حيث إنه كان مشهوراً في الجاهلية، فأقره الإسلام على صفته التي كان التعامل بها جارياً وقتئذ.

وقد ثبت في مناهج التشريع الإسلامي وأصوله العامة في أبواب الفقه التي لم يرد فيها نص شرعي خاص -ومنها المضاربة- أنه يُرجع في موجباتها وأحكامها إلى العرف.

ومن ذلك مسألة يد المضارب، حيث جرى عرف الناس في عهد النبوة وفيما تلاه من العصور اعتبار يده يد أمانة لا يد ضمان. وقد نص على ذلك جمهور العلماء بناءً اقتضاه عوائد الناس وأعرافهم.

ولما كان الأصل الشرعي في الأحكام والموجبات العقدية المستمدة من العرف أن تتغير بتغيره، وتختلف باختلافه، وأن يكون للعاقدين -على الراجح من أقوال الفقهاء- سلطة على تغييرها بالتراضي أو بالشرط، ولو لم يتغير عرف الناس ما لم يترتب على ذلك مخالفة لنص شرعي أو تحليل لحرام أو تحريم لحلال، إذ ليس للمشتراط أن يبيح ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، ولا أن يسقط ما أوجبه الله، ولكن له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوباً ما لم يكن واجباً، كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية.

وعلى ذلك فلا مانع في النظر الشرعي المؤصل من جعل يد المضارب يد ضمان،

(أ) إذا تقرر ذلك في العرف، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من ذلك.

(ب) إذا اشترط ربُّ المال على المضارب ذلك، أو تراضيا عليه؛ لأن اشتراط الضمان على المضارب لا يخالف نصاً ولا يُجَل حراماً ولا يُحرّم حلالاً، وقد رضي المضارب لنفسه بقبول التزام ما لم يكن لازماً له، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد، والموجب لصحة التزام سائر الأمانة ما لم يلزمهم في الأصل، بقيد عدم مخالفة ذلك لنص شرعي. والله تعالى أعلم.

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 90/30

(2) الاختيارات الفقهية للبعلي ص 145

(3) الإنصاف للمرداوي 109/14 (مط. مع الشرح الكبير على المقنع)

## دفع شبهة القرض الربوي:

9- فإن قيل: إن تضمين المضارب في المضاربة المصرفية مع استحقاق رب المال نصيباً من الربح يُفرغ عقد المضاربة من مضمونه، ويحوّله إلى قرض ربوي؟! قلت: صحيح أن هناك شبهاً بين القرض الربوي وبين تضمين المضارب رأس مال المضاربة، ولكنه شبهة طردي غير مؤثر، نظراً لوجود فرق جوهري في المعنى الباعث على الحكم بينهما، وذلك مانع من إلحاق المضاربة مع تضمين المضارب بالقرض الربوي. ومبنى هذا الفرق أن القرض الربوي ليس محرماً لكون رأس ماله مضموناً في ذمة المقترض، ولكن نظراً لكون الزيادة المشروطة على رأس المال مضمونة في ذمة المقترض. فإن لم تكن مضمونة في ذمته عند السلف (القرض) فلا حرج فيها. أصله قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وابن حبيب من المالكية وغيرهم<sup>1</sup> بأن المقترض لو قضى دائته ببديل خير منه في القدر أو الصفة برضاهما جاز، طالما أن الزيادة على رأس المال لم تكن بشرط أو مواطأة؛ لأن الزيادة لم تجعل عوضاً في القرض ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء حقه، فحلّت كما لو لم تكن في قرض. ولا يخفى أن تضمين المضارب رأس مال المضاربة بالشرط أو بالتراضي لا يترتب عليه زيادة مضمونة على رأس المال في ذمة المضارب بحال. وإذا كان قد يترتب عليه زيادة، فهي احتمالية متوقفة على حصول الربح في تنمية ماله الموجود في يد المضارب، ومقدرة بحصة نسبية من الربح المتحقق بفعل المضارب، لا في ذمة المضارب، فافتراقاً.

---

(1) انظر المغنى لابن قدامة 438/6 وما بعدها، روضة الطالبين 34/4، المبدع 210/4، بدائع الصنائع 395/7، المحلى لابن حزم 77/8، شرح منتهى الارادات للبهوتي 227/2، القوانين الفقهية ص 294، وانظر (م / 753) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

## المطلب الثاني

### سلطان الإرادة العقدية على تضمين المضارب بالشرط

وتحت فرعان:

#### الفرع الأول

##### تحرير محل النزاع في المسألة

10- لا خلاف بين الفقهاء في أن يد المضارب على رأس مال المضاربة يد أمانة، وأن الأصل عدم ضمانه لخسارته أو نقصانه أو تَوَاه

إذا وقع ذلك من غير تعديه أو تفريطه<sup>1</sup>.

واحتجوا على ذلك:

أولاً: بأن المضارب نائب عن رب المال في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون ذهاب المال أو خسارته في يده كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه، حيث إنه قبضه بإذنه ورضاه دون قصد تملكه أو التوثق به<sup>2</sup>. قال البغدادي في "مجمع الضمانات": "المدفوع إلى المضارب أمانة في يده، لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه لا على وجه البديل أو الوثيقة"<sup>3</sup>. وجاء في م (768) من مجلة الأحكام العدلية: "الأمانة لا تكون مضمونة، يعني: إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه، فلا يلزمه الضمان".

ثانياً: باستصحاب دليل البراءة الأصلية للجائز. وقد عبّر عن ذلك الشوكاني بقوله: "الأصل الشرعي هو عدم الضمان: لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع، ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت"<sup>4</sup>.

وقال أيضاً: "ولا يضمن إلا إذا حصلت منه جناية أو تفريط، فإن التضمين حكم شرعي يستلزم أخذ مال مسلم معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان ذلك من أكل أموال الناس بالباطل"<sup>5</sup>.

11- غير أنهم اختلفوا في صحة تضمينه هلاك رأس مال المضاربة أو خسارته إذا اشترط رب المال عليه ذلك على قولين:

(1) المعونة للقاضي عبد الوهاب 1122/2، البهجة شرح التحفة 217/2، ميارة على العاصمية 131/2، التفرع 194/2، الموطأ 692/2، بدائع

الصنائع 86/6، شرح منتهى الإرادات 315/2، كشاف القناع 498/3

(2) البدائع 86/6

(3) مجمع الضمانات 651/2

(4) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار 342/3

(5) السيل الجرار 200/3

أحدهما: لجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد المشهور من مذاهم، وهو أن هذا الاشتراط باطل لمنافاته لمقتضى العقد<sup>1</sup>: حيث جاء في القواعد الفقهية أن "اشتراط الضمان على الأمين باطل"<sup>2</sup>.

وقال الخطابي: "الشيء إذا كان حكمه في الأصل الأمانة، فإن الشرط لا يغيره عن حكم أصله"<sup>3</sup>.

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "لأن أصل القراض موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله وجب بطلانه"<sup>4</sup>.

وقال ابن قدامة: "وإن شرط على العامل (في المضاربة) الضمان، فالشرط فاسد، لأنه ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه"<sup>5</sup>.

12- وقد أخذ بهذا القول مجمع الفقه الإسلامي بجدة، حيث نص في قراره رقم 30(4/5) على عدم جواز اشتراط ضمان رأس المال على عامل المضاربة. فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً، بطل شرط الضمان، واستحق المضارب ربح مضاربة المثل. كما نص قراره رقم 86(9/3) (ثانياً/ب) بخصوص الودائع الاستثمارية على حصة من الربح في البنوك الإسلامية على عدم جواز ضمان المضارب (البنك) لتلك الودائع باعتبارها رأس المال في عقد المضاربة بينه وبين المودعين<sup>6</sup>. والثاني: للمالكية في غير المشهور، وأحمد في رواية عنه، وهو القول الذي اختاره شيخ الإسلام تقي الدين ابن تيمية، والمذهب الذي رجحه واعتمده ونصره الإمام الشوكاني من المتأخرين، وهو أن شرط الضمان على المضارب صحيح معتبر شرعاً.

جاء في "إيضاح المسالك" للونشريسي: "ونقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف ابن بشير أنه أملى عقداً بدفع الوصي مال السفية قراضاً إلى رجل على جزء معلوم، وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه. وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها، وأدلة قررها، ومسائل استدلت بها، وقال بقوله فيها. واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال التزامه غير جائز. وفي سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة الاعتراض على ابن بشير. وفي رسم الجواب من سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله"<sup>7</sup>.

13- وقد استدلت أصحاب هذا القول على صحة ما ذهبوا إليه:

(أ) بما روى أبو داود والترمذي والدارقطني والبيهقي وابن حبان والحاكم وابن الجارود وغيرهم عن النبي - صلى الله عليه وسلم- أنه قال: "المسلمون على شروطهم"<sup>8</sup>.

(1) المغني لابن قدامة 176/7، 179، التفرغ لابن الجلاب 195/2، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 61/2، المعونة 1122/2، البهجة 217/2، الموطأ 692/2، بداية المجتهد 238/2، الزرقاني على الموطأ 352/3، مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 47/4، الاستذكار 19/6، 20، الشرح الكبير للدردير 520/3، كشاف القناع 498/3

(2) البحر الرائق 274/7، رد المحتار 40/5، المبسوط 84/15

(3) معالم السنن للخطابي 198/5

(4) المعونة 1122/2

(5) الكافي 194/2، وأيضاً انظر المغني 179/7

(6) انظر قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي بجدة ص 69، 70، 197

(7) إيضاح المسالك ص 301، وانظر شرح المنجور على المنهج ص 414، ومواهب الجليل للخطاب 360/5

(8) قال الترمذي: حديث حسن صحيح. واستشهد به البخاري في صحيحه في باب أجر السمسرة من كتاب الإجارة، وصححه بعض العلماء.

(انظر: فتح الباري 451/4، مختصر سنن أبي داود للمنذري 214/5، عارضه الأحمدي 103/6، السنن الكبرى للبيهقي 79/6، المستدرک 49/2،

50، إرواء الغليل 142/5)

وفي بعض الروايات: "إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً". ومن المعلوم الواضح أن اشتراط الضمان على المضارب لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يحرم حلالاً.

جاء في "المغني" لابن قدامة: "وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لم يجب ضمانه، هل يصير الشرط مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"<sup>1</sup>.

(ب) بأن المضارب قد رضي لنفسه بقبوله اشتراط الضمان عليه التزام ما لم يكن يلزمه، والتراضي هو المنطوق في تحليل أموال العباد، والموجب لصحة التزام الأمانة ما لم يلزمهم في الأصل، طالما أنه لا يخالف نصاً شرعياً أو دليلاً معتبراً.

قال الشوكاني عن المضارب ونحوه من الأمانة: "ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط، وإذا ضمنوا ضمنوا، لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المنطوق في تحليل أموال العباد"<sup>2</sup>. وقال أيضاً: "وقد عرفناك غير مرة أن المنطوق في تحليل الأموال -أعم من أن تكون أعياناً أو منافع- هو التراضي، إلا أن يرد الشرع الذي تقوم به الحجة بمنع التراضي في ذلك بخصوصه، كما ورد النهي عن مهر البغي وحلوان الكاهن ونحوهما"<sup>3</sup>.

وعلى ذلك: فإن ألزم الأمين نفسه ما لا يلزمه من الضمان باختياره، كان التزامه ذلك صحيحاً شرعاً، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما يمنع من التزام الأمين الضمان بالشرط ... قال الشوكاني: فحيث رضي لنفسه بذلك، كان هذا الرضا الصادر منه محللاً لماله الذي يدفعه في ضمان الأمانة، ولا حجر في مثل هذا، ولا وجه لقول من قال: إنه لا يصح<sup>4</sup>.

(ج) وأن اشتراط صاحب المال على المضارب عود رأس المال إليه أو مثله مثل اشتراط صاحب البذر في المزارعة أن يأخذ مثل بذره، ثم يقتسمان الباقي ... ومثل اشتراط عود الشجر والأرض إلى صاحبهما في المزارعة والمساقاة.

جاء في "الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية": "وإذا شرط صاحب البذر أن يأخذ مثل بذره، ويقتسما الباقي، جاز، كالمضاربة"<sup>5</sup>.

وجاء في "الفروع" لابن مفلح: "وشرط أخذ مثل بذره، واقتسام الباقي، فاسد، نص عليه. ويتوجه تخريج من المضاربة. قال شيخنا -تقي الدين ابن تيمية-: يجوز، كالمضاربة"<sup>6</sup>.

ونقل ذلك المرادوي في "الإنصاف" عن ابن مفلح وشيخه ابن تيمية<sup>7</sup>.

(1) المغني 115/8

(2) السيل الجرار 217/3

(3) السيل الجرار 196/3

(4) السيل الجرار 197/3

(5) الاختيارات الفقهية ص 219

(6) الفروع 129/7

(7) الإنصاف 246/14



وجاء في "مجموع فتاوى ابن تيمية": "فأما اشتراط عود مثل رأس المال (أي في المضاربة) فهو مثل اشتراط عود الشجر والأرض"<sup>1</sup>؛ أي لصاحبهما في المزارعة والمساقاة. وقال ابن القيم: "فإن الأرض - في المزارعة - بمنزلة رأس المال في القراض"<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### مناقشة أدلة المانعين من جواز تضمين المضارب بالشرط

14- عرفنا فيما سبق أن مبنى احتجاج الذاهبين إلى عدم صحة ومشروعية تضمين المضارب بالشرط كون ذلك الاشتراط مخالفاً لمقتضى عقود الأمانة (ومنها عقد المضاربة) وهو أن يد الحائز فيها يد أمانة، لا يد ضمان، وأنه ليس من مصلحة العقد، فكان باطلاً.

غير أن هذا الاستدلال غير مسلم، وهو محل نظر ونقد، وذلك للأسباب الآتية:

(أولاً) إن قاعدة "عدم تضمين يد الأمانة ما تحتها من أموال الغير إلا بالتعدي أو التفريط" أغلبية لا كلية، وذلك لوجود موجبات ومقتضيات أخرى لتضمين الأمانة، ذكرها الفقهاء، غير التعدي والتفريط، ومنها:

أ- التجهيل:

15- ومعناه عدم تبيين الأمين حال الأمانة التي بيده عند موته، مع علمه بأنه وارثه لا يعرف كونها أمانة عنده<sup>3</sup>.

وعلى ذلك جاء في القواعد الفقهية عند الحنفية: "الأمين بالتجهيل يصير ضامناً"<sup>4</sup>. ونصت م (1430) من مجلة الأحكام العدلية: "إذا مات المضارب مجهلاً، فالضمان في تركته". وجاء في م (1883) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد: "مال المضاربة دين في تركته العامل، إذا مات وجعل بقاءه، ورب المال أسوة الغرماء".

والقول بأن تجهيل الأمانة موجب لتضمين الأمانة هو مذهب الحنفية<sup>5</sup> والحنابلة<sup>6</sup>. ووافقهم الشافعية والمالكية في المبدأ، مع خلاف في بعض التفصيلات والتقييدات والأحكام والتسميات<sup>7</sup>.

ب- العرف:

16- لقد ذهب بعض فقهاء الحنفية والمالكية إلى اعتبار العرف موجباً لتصيير يد الأمانة يد ضمان، إذ "العادة محكمة"، و"العرف

(1) مجموع فتاوى ابن تيمية 105/30

(2) زاد المعاد 145/3، 346

(3) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 326

(4) المبسوط للسرخسي 19/22

(5) بدائع الصنائع 213/6، المبسوط 129/11، 60/22، 68/25، رد المحتار 496/4، البحر الرائق 275/7، الفتاوى الهندية 349/4، العقود الدرية

72/2

(6) شرح منتهى الإرادات 336/2، كشاف القناع 198/4، المغني 269/9، وانظر م (1362) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، وم

(801) و(1355) من المجلة العدلية وم (795) من مرشد الحيران

(7) انظر تحفة المحتاج وحاشية الشرواني عليه 109/7 وما بعدها، قليوبي وعميرة 183/3، أسنى المطالب 77/3 وما بعدها، روضة الطالبين

329/6، الذخيرة للقرافي 58/6، المدونة 149/15، مواهب الجليل 259/5، الزرقاني على خليل 120/6

حجة يلزم العمل به ما لم يخالف نصاً شرعياً. ومن الأمثلة على ذلك:

● قول الحسن بن رجال المعداني: إن قاضي القضاة شمس الدين التتائي بعد أن ذكر في شرحه على خليل قوله في المختصر بعدم تضمين الحراس ما يحرسونه، قال ما نصه: "والعرف الآن ضمان الحارسين، لأنهم إنما يستأجرون على ذلك" ونقله عنه اليزناسي في شرح التحفة وسلّمه<sup>1</sup>.

● قول ابن نجيم عند شرحه قاعدة "المعروف كالمشروط": "وحيث تأليف هذا المحل ورد على سؤال فيمن أجر مطبخاً لطبخ السكر، وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها، فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمائها على المستأجر، فأجبت بأن المعروف كالمشروط، فصاركأنه صرح بضمائها. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير، تصير مضمونة عندنا في رواية. ذكره الزيلعي في العارية، وجزم به في الجوهرة"<sup>2</sup>.

ج- المصلحة:

17- لقد ذهب المالكية في المشهور إلى تضمين الصناع، وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة، فيدفع الناس إليهم أمتعتهم، ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم، كالخياط والطرّاز والصبّاغ والنجار والقصار والخراز وغيرهم... وذلك بناءً على المصلحة العامة وسداً لذريعة الفساد<sup>3</sup>.

فمع أن الأصل في كل صانع أنه مؤتمن على ما بيده من أعيان الناس الذين استأجروه، غير ضامن لها، بناءً على البراءة الأصلية، وتفريراً على القاعدة الفقهية "الأصل فيمن دفع مختاراً لا على قصد التمليك الائتمان"<sup>4</sup> فقد ذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمينه ما يتلف تحت يده منها استثناءً لداعي المصلحة وصيانة لأموال الناس<sup>5</sup>.

جاء في "المقدمات المهمّات" لابن رشد: "الأصل في الصناع أن لا ضمان عليهم وأنهم مؤتمنون؛ لأنهم أجراء، وقد أسقط النبي - صلى الله عليه وسلم - الضمان عن الإجراء في الائتمان<sup>6</sup> وضمّنوهم نظراً واجتهاداً، لضرورة الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويصدقون فيما يدعون من التلف لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترأوا على أكلها، فكان ذلك ذريعة إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، ولحق أرباب السلع في ذلك ضرر شديد"<sup>7</sup>.

د- التهمة:

18- والمراد بها هاهنا: زُجْحَانُ الظنِّ وغلبة الاحتمال -بشهادة العرف- في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفریطه.

وقد اعتبر بعض فقهاء المالكية التهمة موجِباً لتغير حال يد الأمانة وصيرورتها يد ضمان في مسائل متعددة. ومن ذلك.

(1) كشف القناع عن تضمين الصناع للمعداني ص 120

(2) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 109

(3) البيهجة للتسولي 282/2، 383، ميارة على التحفة 195/2، بداية المجتهد 231/2، عدة البروق ص 546، 558، كشف القناع للمعداني ص 73

وما بعدها، الذخيرة 502/5، المعونة على مذهب عالم المدينة 111/2

(4) قواعد المقرئ، نقلها الونشريسي في عدة البروق ص 558، والمنجور في شرح المنهج ص 551

(5) انظر كشف القناع ص 75، بداية المجتهد 232/2، المدونة 388/4، المقدمات المهمّات 244/2

(6) لحديث "لا ضمان على مؤتمن" رواه البيهقي والدارقطني. وهو غير ثابت. (نيل الأوطار) 296/5، السيل الجرار 342/3، السنن الكبرى للبيهقي

289/6

(7) المقدمات المهمّات 243/2

● تضمين الراعي المشترك والسمسار: "إذ المشهور في مذهب مالك عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثيرٌ في عين المصنوع وذاته -كالراعي المشترك والسمسار - من غير ثبوت تعديهم أو تفريطهم<sup>1</sup>. وخالف في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية، وقالوا بتضمينهم للثمة<sup>2</sup>. قال اللخمي في "تبصرته": "والحاصل أن القياس والنظر هو عدم ضمانه، والذي تقتضيه كثرة خيانة الرعاة في هذه الأزمنة هو ضمانه. وهذا هو الذي نختاره فيه وفي سمسار الدواب، أعني الضمان فيهما"<sup>3</sup>.

● فتوى ابن حبيب بتضمين صاحب الحَمَام: ذلك أن مذهب مالك في المدونة عدم تضمينه ما يدعي هلاكه أو ضياعه من ثياب الناس المودعة لديه. وعلة ذلك كما قال اللخمي "أن صاحب الثياب إنما اشترى منافع، وهو يتولى قبضها بنفسه، وهي الانتفاع بالحَمَام، والثياب خارجة عن ذلك، ووديعة لا صنعة فيها ولا إجارة عليها، وإن دفع صاحب الثياب أجره للحارس كانت الأجرة للأمانة، وهي بمنزلة من أودع وديعة بإجارة، فليس أخذ الأجرة عليها يخرجها من أن يكون أميناً"<sup>4</sup>. ولكن فقيه الأندلس وإمامها ابن حبيب خالف في ذلك، وذهب إلى تضمينه للثمة، فقال: "وكذلك صاحب الحَمَام جرت العادة بخيانتها في ثياب الناس فيضمونها"<sup>5</sup>.

19- ويرجع السبب في كون قاعدة "عدم تضمين الأمانة إلا بالتعدي أو التفريط" أغلبية لا كلية إلى أنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة ما ينهض حجة على قَصْر موجبات تضمين الأمانة على هذين الموجبين، إذ الأصل -كما قال الشوكاني- أن تضمين الأمانة حكم شرعي يستلزم أخذ مالٍ مسلمٍ معصوم بعصمة الإسلام، فلا يجوز إلا بحجة شرعية، وإلا كان من أكل أموال الناس بالباطل<sup>6</sup>. والتعدي أو التفريط بلا شك حجة شرعية موجبة لتضمينهم، بالإضافة إلى موجبات شرعية أخرى كالتجهيل والعرف والمصلحة والتهمة، وكذا الشرط الذي هو أقواها وأحراها بالاعتبار، وذلك لوقوعه برضا العاقدين، إذ "الأصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد"<sup>7</sup>، و"التراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"<sup>8</sup>.

(ثانياً) أن قاعدة "اشتراط الضمان على الأمين باطل" خلافية وليست محل اتفاق الفقهاء، وهي بالإضافة إلى ذلك أغلبية، وليست كلية مطردة، حيث إن لها استثناءات عديدة. يشهد لذلك:

أ. قول الحنفية في رواية عندهم<sup>9</sup>، وأحمد في رواية عنه<sup>10</sup>، وقتادة<sup>11</sup>، وعثمان البتي<sup>12</sup>، وعبيد الله بن الحسن العنبري<sup>13</sup>،

(1) ميارة 2/192، الذخيرة 5/507، كشف القناع للمعداني ص 85، 88، 89، 94

(2) المنجور على المنهج ص 541، كشف القناع عن تضمين الصناع ص 85، 97، 106، 109، 112، البيهجة 2/286، ميارة على التحفة 2/190

(3) كشف القناع عن تضمين الصناع ص 113

(4) البيهجة 2/285، كشف القناع ص 99، حاشية ابن رحال على ميارة 2/194

(5) كشف القناع ص 96، البيهجة 2/286، حاشية ابن رحال على ميارة 2/193

(6) السيل الجرار 3/200

(7) القواعد النورانية الفقهية ص 203، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 4/93

(8) السيل الجرار 3/217

(9) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص 109، مجمع الضمانات للبغدادي 1/163

(10) الفروع لابن مفلح 7/204، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص 231

(11) المغني 7/342، الحاوي للماوردي 8/395، الإشراف لابن المنذر 1/271

(12) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 4/185

(13) الحاوي للماوردي 8/395

وداود الظاهري<sup>1</sup>: إن العارية أمانة في يد المستعير، غير أنها تصير مضمونةً عليه بالشرط. وقد اختار هذا القول شيخ الإسلام ابن تيمية وأبو حفص من الحنابلة<sup>2</sup>.

ب. قول قتادة والعبري بأن الوديعة أمانة في يد المستودع، غير أنها تصير مضمونة عليه بالشرط<sup>3</sup>.

ج. قول عثمان البتي بأن يد المرتهن والراعي يد أمانة، لكنها تنقلب إلى يد ضمان بالشرط<sup>4</sup>.

د. ما جاء في "المغني" لابن قدامة: "وعن أحمد أنه سئل عن شرط ضمان ما لا يجب ضمانه، هل يُصَيَّره الشرطُ مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"<sup>5</sup>.

هـ. اختيار ابن تيمية صحة تضمين الحارس ونحوه بالشرط، مع كونه أجيراً خاصاً، ويده يد أمانة<sup>6</sup>.

و. قول ابن الحاجب: "وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن أو إثباته فيما لا يضمن، ففي إفادته قولان"<sup>7</sup>.

ز. قول المقري في "القواعد": "قاعدة: اشتراط ما يوجب الحكم خلافه، هل يعتبر أو لا؟ اختلفوا فيه"<sup>8</sup>.

ح. اختيار الإمام الشوكاني وترجيحه صحة تضمين سائر الأمناء بالشرط. قال: "لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"<sup>9</sup>.

20- وحيث كان الأمر كذلك، فإن الاستدلال على بطلان تضمين المضارب بالشرط بقاعدة "اشتراط الضمان على الأمين باطل" غير مسلم، ولا ينهض حجة على حظر ذلك الاشتراط وفساده.

(ثالثاً) إن الاستدلال على فساد اشتراط الضمان على المضارب بأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد (وهو أن يد المضارب يد أمانة لا ضمان) وكلُّ شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل ... غير مسلم؛ وذلك لأن هناك منهجين للفقهاء في مسألة الشروط العقدية ومدى صحة مخالفتها لمقتضيات العقود، أحدهما يذهب إلى أن كل شرط يخالف مقتضى العقد فهو فاسد شرعاً. والثاني يذهب إلى أن اشتراط ما يخالف مقتضى العقد ليس فاسداً بإطلاق، كما أنه ليس صحيحاً بإطلاق، بل يُنظر فيه: فإن كان فيه مخالفة لنص شرعي، أو تحليلاً لحرام، أو تحريماً لحلال، فإنه يكون فاسداً محظوراً، وإن لم يكن فيه شيء من ذلك، فإنه يكون صحيحاً معتبراً، لقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم".

وبناء على المنهج الثاني (وهو الراجح في نظري) يكون اشتراط الضمان على المضارب صحيحاً ملزماً، حيث إنه لا يهدم أصلاً شرعياً ثابتاً، ولا يخالف نصاً من نصوص الكتاب أو السنة.

21- وبيان المسألة: أن الفقهاء اختلفوا في سلطة العاقدين على تعديل آثار العقود -إما بالنقص منها، وإما بإضافة التزامات على أحد الطرفين لا يستلزمها أصل العقد- بشروط يشترطانها في التعاقد، وذلك على النحو الآتي:

(1) الحاوي 395/8

(2) الفروع لابن مفلح 204/7، الاختيارات الفقهية من فتاوى ابن تيمية ص 231

(3) نيل الأوطار 297/5، الإشراف لابن المنذر 266/1، الإشراف للقاضي عبد الوهاب 42/2

(4) مختصر اختلاف الفقهاء للطحاوي 86/4، 309

(5) المغني 115/8

(6) الاختيارات الفقهية للبعلي ص 195، كشاف القناع للبهوتي 355/3

(7) شرح ميارة على التحفة 186/2

(8) شرح المنجور على المنهج ص 415

(9) السيل الجرار 217/3

أولاً: لقد ذهب الحنفية إلى أن الأصل الشرعي في حرية الشروط العقدية هو التقييد؛ وذلك لأن لكل عقد في النظر الفقهي أحكاماً أساسية تترتب عليه، تسمى "مقتضى العقد" دلت عليها نصوص الكتاب أو السنة أو استنبطها الفقهاء باجتهادهم، وأثبتوها حفظاً للتوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود. وعلى ذلك فلا يكون للعاقدين أن يشترطا ما يخالف هذا المقتضى، فإن اشترطا شرطاً مخالفاً له كان فاسداً<sup>1</sup>.

وقد اتجه الشافعية وأكثر المالكية وطائفة من الحنابلة إلى نحو ما ذهب إليه الحنفية من لزوم التمسك بمقتضيات العقود في الجملة، وعدم جواز اشتراط ما يخالفها، غير أنهم اختلفوا معهم في الفروع والتفصيلات، وفي بعض الاستثناءات، ومدى صحة التوسع فيها، نظراً لتفاوت آرائهم واجتهاداتهم فيما هو مقتضى كل عقد، وفيما هو مخالف له من الشروط، ودرجة المخالفة، ومدى إخلالها بما يلزم مراعاته في العقود<sup>2</sup>.

ثانياً: وتتجه أصول أحمد المنصوصة عنه إلى أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الكتاب والسنة هو حرية العقود أنواعاً وشروطاً، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه المتعاقدان ويشترطانه فيها، ما لم يكن هناك نص أو قياس صحيح يمنع من عقد معين أو شرط محدد، فعندئذ يمتنع بخصوصه على خلاف القاعدة، ويعتبر الاتفاق عليه باطلاً، كالتعاقد على القرض الربوي أو القمار أو بيع الغرر ونحو ذلك.

وحجته على ذلك عموم قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (المائدة:1)، وقوله -صلى الله عليه وسلم-: "المسلمون على شروطهم"<sup>3</sup>. أما القيد الاستثنائي المانع، فقد استفيد من قوله -صلى الله عليه وسلم- في حديث بريرة: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"<sup>4</sup>. والمراد به: ما أحل حراماً أو حرّم حلالاً.

قال ابن تيمية: "وهذا المعنى هو الذي يشهد له الكتاب والسنة، وهو حقيقة المذهب، فإن المشتراط ليس له أن يبيع ما حرمه الله، ولا يحرم ما أباحه الله، فإن شرطه حينئذ يكون مبطلاً لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله. وإنما المشتراط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا حراماً، وعدم الإيجاب (في الأصل) ليس نفيًا للإيجاب، حتى يكون المشتراط مناقضاً للشرع، وكل شرط صحيح فلا بد أن يفيد وجوب ما لم يكن واجباً"<sup>5</sup>.

وعلى ذلك، فإن أصول الإمام أحمد المنصوصة عنه لم تعتبر للعقود مقتضياتٍ مُضَيِّقَةً بحدودٍ ثابتة تتحكم في إرادة المتعاقدين، بمعنى أن الشارع قد فوض إلى إرادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات – في نطاق حقوقهما – في كل ما لا يصادم نصاً من نصوص الشريعة، ولا يتناقض أصلاً من أصولها.

(1) المدخل الفقهي العام للزرقا 468/1 – 479، التعليق المجد على موطأ الإمام محمد 250/2، مجموع فتاوى ابن تيمية 126/29 وما بعدها،

القواعد النورانية الفقهية ص 184 وما بعدها، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 76/4 وما بعدها

(2) المدخل الفقهي العام 476/1، المغني لابن قدامة 166/6، 232، 324، مجموع فتاوى ابن تيمية 127/29، 128، الفتاوى الكبرى لابن تيمية

77/4 وما بعدها، المجموع للنووي 363/9 وما بعدها، بداية المجتهد 160/2، شرح السنة للبيهقي 147/8، الأشباه والنظائر لابن السبكي 274/1

المعونة للقاضي عبد الوهاب 1122/2

(3) سبق تخريجه في ص 16

(4) أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي ومالك. (صحيح البخاري 199/3، صحيح مسلم 1141/2، سنن أبي داود 346/2).

عارضه الأhoodي 280/8، سنن النسائي 268/7، الموطأ 780/2

(5) مجموع فتاوى ابن تيمية 148/29، القواعد النورانية الفقهية ص 198، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 89/4

ومن جهة أخرى فإن كثيراً من فقهاء الحنابلة وغيرهم لا يعتبرون أن كل مصلحة يشترطها أحدُ العاقدين لنفسه – مما لا يوجبه العقد بذاته – تكون منافية لمقتضاه، بل يعتبرون مصلحة العاقد من مصلحة العقد ما دامت مشروعة (أي غير محظورة بنص شرعي)، والشرط لا يعتبر منافياً لمقتضى العقد إلا إذا ناقض النواحي الأساسية، التي إذا شُرطَ خلافها تعطلت الغاية الشرعية من العقد<sup>1</sup>.

جاء في مجموع فتاوى ابن تيمية: "الأصل في العقود والشروط الصحة، ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً عند من يقول به. وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول، ومالك قريب منه، لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه"<sup>2</sup>.

وقد رجح العلامة ابن القيم ما ذهب إليه الإمام أحمد في أصوله المنصوصة، واختاره شيخ الإسلام ابن تيمية في شأن سلطان الإرادة العقدية في العقود والشروط، وصححه وانتصر له، فقال: "الأصل في العقود والشروط الصحة، إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه. وهذا القول هو الصحيح"<sup>3</sup>. وقال: "فكل ما لم يُبين الله ورسوله -صلى الله عليه وسلم- تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها، فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا، فمن كان من هذه الأشياء حراماً، فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً. وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله، فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه، ولم يحرمه"<sup>4</sup>.

ثم قال: "وهنا قضيتان كليتان من قضايا الشرع التي بعث الله بها رسوله:

إحدهما: أن كل شرط خالف حكم الله وناقض كتابه، فهو باطل، كائناً ما كان.

والثانية: أن كل شرط لا يخالف حكمه، ولا يناقض كتابه، وهو ما يجوز تركه وفعله بدون الشرط، فهو لازم بالشرط.

ولا يستثنى من هاتين القضيتين شيء، وقد دل عليهما كتاب الله وسنة رسوله -صلى الله عليه وسلم- واتفاق الصحابة، ولا تُغلب بالنقض بالمسائل المذهبية والأقوال الأرائية، فإنها لا تهدم قاعدة من قواعد الشرع"<sup>5</sup>.

22- وبناء على هذا المذهب، فإنه يجوز شرعاً اشتراط الضمان على المضارب، ويكون لازماً بالشرط، حيث إنه لا يخالف نصاً أو أصلاً من أصول الشرع – وهو مما يجوز تركه وفعله بدون الشرط – ولا وجه لتحريمه، فكان الواجب حله، لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه، وفي مصلحتهم، إذ لولا حاجتهم إليه ومصلحتهم فيه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه. وحيث لم يثبت تحريمه أو النهي عنه، فإنه يعتبر سائغاً شرعاً بناءً على عمومات الكتاب والسنة القاضية برفع الحرج عن العباد<sup>6</sup>.

(1) انظر المدخل الفقهي العام 479/1 – 499، إعلام الموقعين 381/3، القواعد النورانية الفقهية ص 188، السيل الجرار 59/3

(2) مجموع فتاوى ابن تيمية 132/29، القواعد النورانية الفقهية ص 188، الفتاوى الكبرى 80/4

(3) إعلام الموقعين 344/1

(4) إعلام الموقعين 383/1

(5) إعلام الموقعين 402/3

(6) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية 156/29، القواعد النورانية الفقهية ص 204، الفتاوى الكبرى لابن تيمية 94/4

## المسألة الثانية

### وعاء المضاربة

(فيما يخص البنوك التي تتضمن المعاملات الإسلامية والتقليدية)

23- السؤال: لما كان الغرض من إنشاء هذا الوعاء التأكد من أن جميع الأموال التي تلقاها البنك على سبيل المضاربة تستخدم في تمويلات شرعية، لتكون الأرباح الموزعة على أرباب المال من مصادر مباحة، وبما أن النقود لا تتعين بالتعيين، فقد اتخذت هذه البنوك قاعدة يُفترض أنها تفي بالغرض وتحقق المطلوب، وهو مجرد التأكد من أن الأصول الإسلامية مساويةً أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة. فإذا تأكد ذلك، فإنه يعني الاطمئنان إلى أن الربح المتحقق لأصحاب حسابات المضاربة مصدره معاملات إسلامية. هل يكون هذا الترتيب مستوفياً للمتطلبات الشرعية؟  
والجواب: أنه لا يظهر لي على اعتماد هذا الترتيب ملاحظة أو اعتراض شرعي مانع من اعتباره سبيلاً لتحقيق المتطلبات الشرعية.  
والله أعلم

## المسألة الثالثة

### الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح

24- تتجه البنوك إلى وضع قواعد عامة لحسابات المضاربة، ومنها اشتراط أن يكون هناك حدُّ أدنى للرصيد حتى يدخل في وعاء المضاربة، ويشارك في الربح الحاصل، بحيث إذا نقص هذا الحد، فإنه يتحول إلى حساب جارٍ لا يستحق صاحبه شيئاً من الزيادة عليه.  
وجوابي على ذلك: أن اتجاه البنوك إلى ذلك له معنى معتبر، وإذا نُص في الاتفاقية المبرمة بين البنك والعميل على أن الرصيد إذا نقص متوسطه عن حد معين، فإنه يتحول إلى حساب جارٍ، ولا يعتبر ضمن وعاء المضاربة الاستثماري حكماً وتقديراً. وعلى ذلك لا يستحق العميل بموجب حصة من الربح الذي يوزع في نهاية الشهر عندما توزع الأرباح على الحسابات ... سائغ مقبول في النظر الفقهي إذا كان هذا الترتيب متعارفاً عليه، أو اشترطه المصرف على العميل، أو تراضى عليه الطرفان (البنك والعميل) ابتداءً، إذ لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب أو السنة ما يمنع من ذلك، فالمسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، كما صح عن النبي -صلى الله عليه وسلم-، وليس في التراضي على ذلك مخالفة لنص شرعي أو إسقاط لما أوجبه الله تعالى. والله أعلم

## المسألة الرابعة

### نسبة الربح إلى رأس المال

25- إن من الثابت المقرر في النظر الفقهي أنه يشترط لصحة عقد المضاربة تراضي الطرفين على حصة كل منهما النسبية الشائعة المحددة المعلومة من الربح. فلو جرت المضاربة مع جهالتها، فسد العقد. ولا يرفع تلك الجهالة تحديداً نسبة الربح إلى رأس مال المضاربة من قبل البنك 3% أو 5% أو غير ذلك.

وأساس ذلك: أن معدّل العائد على الاستثمار المنسوب إلى رأس المال مجرد توقعات وتكهّنات احتمالية غير موثوق بصحتها، وهي أيضاً على خطر الوجود والعدم، فقد تتحقق وقد لا تتحقق في الواقع، كما أنها تنطوي على جهالة فاحشة بمقدار الربح المتحقق ونصيب كل واحد من الطرفين، مما يفضي في غالب الأحيان إلى الحسرة والندامة أو النزاع والخصومة، وكلاهما مطلوب الاستبعاد شرعاً.

ثم إن تحديد نسبة الربح إلى رأس المال مستفاد ومشتق من نظام القرض الربوي المنافي والمضاد لنظام المضاربة المبني على أساس الشراكة النسبية المعلومة الأجزاء في الربح الحاصل بين رب المال والمضارب، والتنافي والتضاد مقتضاهما التدافع، بحيث يدفع كل من المتضادين والمتنافيين الآخرين، فكيف الجمع بينهما في هذه المسألة!؟

ويزيد الطين بلةً تنازلُ رب المال عن النسبة التي تزيد عن الربح المتوقع للمضارب، وإذا ركبنا هذه المنظومة على القول بتضمين المضارب رأس مال المضاربة بناءً على العرف أو الشرط أو التراضي، فسينتهي بنا الحال إلى الدخول في نوافذ الحيل الربوية بعد ما أغلقنا بابّه صورياً، حيث إن قواعد الجمع بين العقود لا تجيز مثل ذلك في العقود المالية المركبة والمنظومات العقدية المستحدثة. قال الإمام الشاطبي: "إن الاستقراء من الشرع عرّف على أن للاجتماع تأثيراً في أحكام لا تكون في حال الانفراد"<sup>1</sup>. فليتأمل.



## المسألة الخامسة

### استخدام الأوزان

26- تعتمد بعض المصارف الإسلامية إلى استخدام الأوزان في حساب المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة وتشجيعهم على الاستثمار لديها، حيث يحصل الريال الذي هو جزء من استثمار رصيد حساب مقداره مليون ريال على نسبة ربح أعلى من الريال الذي هو جزء من رصيد حساب قدره ألف ريال مثلاً... وهذا الاستخدام جائز في النظر الفقهي -في رأبي-؛ لانتفاء الدليل الحاضر، ولأن من حق المضارب شرعاً إذا عمل مضارباً لأكثر من رب مال (طبيعي أو حكومي) أن يتراضى مع كل واحد من أرباب المال على حدة على حصته النسبية الشائعة من الربح المتحقق ولو كانت مختلفة عن غيره.

## المسألة السادسة

### ربط العائد بالمدة

27- ما يجري في بعض البنوك الإسلامية في حسابات المضاربة من ربط الحصة النسبية لرب المال في الربح الحاصل بمقدار المدة التي يلتزم فيها بالاستثمار، بحيث يحصل على نصيب من الربح مقدرب 70% لمدة 6 أشهر، بينما يحصل على 60% لمدة 3 أشهر، واكتفاء بعض المؤسسات المالية بتحديد تلك النسب دون إلزام العميل بمدة معينة، وإنما يتحدد نصيبه في الربح في آخر المدة، وله الاختيار في سحب أمواله في أي وقت يشاء ... هو سائغ في النظر الفقهي -فيما أرى-؛ وذلك لتراضي الطرفين على هذا الترتيب والربط، وانتفاء الدليل الحاضر.

نظير ذلك في أبواب الإجارة والمشاركات قول الحنفية على المعتمد في المذهب والإمام أحمد في رواية عنه -رحمها الإمام ابن القيم- بجواز التردد والإيهام في البديل أو في حصة الشريك، نظراً لانتفاء الجهالة المانعة من صحة العقد والغرر وسائر المحظورات الشرعية الأخرى في ذلك مع قيام الحاجة إليه.

قال -رحمه الله- في "إعلام الموقعين": "قد تدعو الحاجة إلى أن يكون عقد الإجارة مهماً غير معين. فمثاله: أن يقول له: إن ركبْتُ هذه الدابة إلى أرض كذا فلك عشرة، وإن ركبها إلى أرض كذا فلك خمسة عشر. أو يقول: إن خِطتَ هذا القميص فلك درهم، وإن خِطته غداً فنصف درهم. وإن زرعت هذه الأرض حنطةً فأجرتها مئة، أو شعيراً فأجرتها خمسون، ونحو ذلك. فهذا كله جائز صحيح، لا يدل على بطلانه كتابٌ ولا سنة ولا إجماع ولا قياس، بل هذه الأدلة تقتضي صحته، وإن كان فيه نزاع متأخر.

فالثابت عن الصحابة الذي لا يُعلم عنهم فيه نزاعٌ: جوازُه، كما ذكر البخاري في صحيحه عن عمر -رضي الله عنه- أنه دفع أرضه إلى من يزرعها. وقال: إن جاء عمرُ بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا<sup>1</sup> ... ولم يخالفه صحابي واحد، ولا محذور في ذلك ولا خطر ولا غرر ولا أكل مال بالباطل، ولا جهالة تعود إلى العمل ولا إلى العوض، فإنه لا يقع إلا معيناً، والخيرة إلى الأجير، أي ذلك أحب أن يستوفي فعل، فهو كما لو قال له: أي ثوب أخذته من هذه الثياب فقيمتها كذا، أو أي دابة ركبها فأجرتها كذا. أو أجرة

هذا الفرس كذا، وأجرة هذا الحمار كذا، فأيهما شئت فخذ. أو: ثمن هذا الثوب مئة، وثمان هذا مئتان. ونحو ذلك مما ليس فيه غرر ولا جهالة ولا ربا ولا ظلم، فكيف تأتي الشريعة بتحريمه؟!<sup>1</sup>.

## المسألة السابعة

### التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع

28- لقد جرى العمل في اتفاقية فتح حساب المضاربة على النص على الربح المتوقع (مع التأكيد على أن هذا الربح ليس مضموناً من قبل المصرف) ثم يضاف إلى ذلك أن صاحب الحساب (رب المال) يتنازل عما زاد عن هذه النسبة لصالح المصرف، وهو يتنازل عن ذلك ابتداءً قبل تحقق هذا الربح أو حصول التنضيب والقسمة، ولا يتمكن حتى من معرفة مقدار ما تنازل عنه من الربح. فما هو حكم ذلك؟

والجواب: أن في هذا الترتيب والهيكل مشكلتين:

(الأولى) أن النصَّ على الربح المتوقع بالنسبة إلى رأس المال لا يرفع الجهالة المفسدة للعقد في هذه المضاربة؛ لأن المطلوب شرعاً منحصرٌ في النص على حصة كلٍّ من صاحب الحساب والبنك من الربح المتحقق 70% للعميل مثلاً و30% للبنك أو غير ذلك.

(والثانية) أن النصَّ على الربح المتوقع بالنسبة إلى رأس المال غير مُلزم للبنك، وليس مضموناً في ذمته، ولكنه مُلزمٌ للعميل ليتنازل عما زاد عنه لصالح البنك، مع كونه مشتملاً على الجهالة والغرر، وفي ذلك من التناقض ما فيه، فكيف يكون غير معتبرٍ شرعاً في حق البنك، ولكنه معتبرٌ في حق العميل؟! فليتأمل ..

## المسألة الثامنة

### تبني طريقة الحساب غير التراكمية

29- الذي يظهر لي أنه لا مانع في النظر الفقهي من تبني طريقة الحساب غير التراكمية إذا تراضى الطرفان عليها في اتفاقية فتح حساب المضاربة، ولو كان فيها تفضيل مصلحة البنك على مصلحة العميل. أما إذا لم يُنص على ذلك في الاتفاقية، فيلزم الأخذ بالطريقة التراكمية. والله تعالى أعلم

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

# حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

د. محمد بن علي القري

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم... أما بعد:

مضى على الناس حين من الدهر كانوا يقولون إن عقد المضاربة لا يصلح لعمل المصارف إلا بمخالفة شروط صحته ومشروعيته؛ لأنه يتضمن قدراً من المخاطر يجعله غير قابل للتطبيق المصرفي<sup>(1)</sup>، لكننا أصبحنا الآن نرى عقد المضاربة يجري تطبيقه في العلاقة بين المصرف وعملائه عند مستوى من المخاطر لا يزيد عن البنوك التجارية، مع الالتزام بجميع أحكام عقد المضاربة الفقهية.

والمسائل التالية تكشف جانباً من التطوير الذي أوصل عقد المضاربة لكي يصبح ملائماً لعمل البنوك، والرد على ما أثير حولها من ملاحظ تتعلق بموافقتهما للمقتضى الشرعي.

### المسألة الأولى:

#### ضمان المصرف لرأس مال المضاربة

لم تختلف كلمة فقهاء المذاهب على أنه لا يجوز للمضارب أن يضمن لرب المال رأس مال المضاربة فإن فعل فسد عقد المضاربة، وإن كان باشر العمل مع وجود هذا الشرط فليس له إلا أجر مثله، ولما كانت معايير المحاسبة تقتضي أن تكون أرصدة حسابات المضاربة داخل ميزانية البنك، وأنه يترتب على ذلك -بناءً على تلك المعايير- أن يكون رأس مال المضاربة مضموناً على البنك كسائر الأموال داخل الميزانية، برز الاشكال أن المضاربة المصرفية مضاربة فاسدة.

#### 1- العبرة بمقدار المخاطر وليس بالضمان:

إن مفتاح فهم الأعمال المصرفية هو استيعاب معنى المخاطر وطريقة قياسها، والضمان بمعناه التعاقدى ليس إلا وسيلة لتقليل المخاطر، ولكن هذه المخاطر يمكن تخفيضها بغير طريقة الضمان، وما يهم أطراف المعاملة هو في الواقع مقدار المخاطرة، فالدخول في عقد مضاربة مع شركة أرامكو عقد متدني المخاطر حتى مع عدم وجود الضمان، بينما الدخول مع رجل مفلس في عقد قرض مرتفع المخاطر مع وجود الضمان، ولذلك فإن السعي نحو تقليل المخاطر من خلال إجراءات غير مخالفة للأحكام الشرعية أمر مقبول ويحقق الغرض المطلوب<sup>(2)</sup>.

1- Unbankable.

2- مصادر الأموال في البنك:

تنقسم الأموال التي يتلقاها البنك من الأطراف الأخرى إلى قسمين، القسم الأول: الأموال التي يصبح البنك مالكا لها ويتعامل معها تعامل الملاك مثل رأس ماله وأرصدة الحسابات الجارية (وهي على سبيل القرض، ومعلوم أن القرض تملك)، هذه الأموال تصنف من الناحية المحاسبية أنها داخلية في ميزانية البنك فهو يملكها، وبما أنها مصنفة في جانب المطلوبات من ميزانية البنك فإنها مضمونة عليه، فالحسابات الجارية قروض مضمونة على البنك. ومملوكة له، ولا تقبل من البنك دعوى وقوع الخسارة فيها.

أما القسم الثاني: فهي الأموال التي لا يمكن تصنيفها ضمن الموجودات أو المطلوبات، بناءً على المبادئ المحاسبية المتعارف عليها؛ لأنها تبقى مملوكة لأصحابها وتكون يد البنك عليها يد أمانة، وهو يديرها لصالح أصحابها، وتصنف أنها خارج ميزانية البنك، وبما أنها ليست مضمونة على البنك، فإن أي خسارة تقع فيها يتحملها أصحاب تلك الأموال وليس البنك، إذ البنك ليس إلا مديراً بأجر، ومن أمثلة ذلك صناديق ومحافظ الاستثمار.

## 2- حساب المضاربة المصرفي:

لا تخفى أهمية الادخار وحاجة المجتمعات إلى تشجيع السلوك الادخاري، ولذلك اتجهت البنوك بتوجيه من جهات الإشراف إلى طرح منتج حساب المضاربة، والذي يمكن اعتباره حساب توفير مخصص لصغار المدخرين، يكون المدخر في هذا الحساب رب مال والبنك مضارباً، ويتميز هذا الحساب بأنه يحقق لصاحب الحساب عائداً، في الوقت الذي يمكن له فيه إدارته على صفة حساب جار، ويعتمد الحساب على التنضيق الحكيومي، وتستثمر الأموال فيه في عمليات التمويل التي يقدمها البنك لعملائه، ويحصل أصحاب الحسابات على توزيعات دورية للربح.

## 3- حسابات المضاربة أموال داخل الميزانية:

لما كانت حسابات المضاربة معتمدة على عقد المضاربة؛ حيث المصرف يكون مضارباً، يده على رأس مال المضاربة يد أمانة، فلا يضمن رأس المال أو الربح لرب المال، فإن التصنيف الصحيح لها من الناحية المحاسبية هي أن تكون خارج ميزانية البنك؛ لأن البنك ليس إلا وكياً بالاستثمار، ولكن واقع الحال أن ودائع حسابات المضاربة جعلت في داخل الميزانية، وتظهر ضمن المطلوبات في دفاتر البنك، بمعنى أنها تعامل من الناحية المحاسبية كما تعامل الحسابات الجارية من حيث تصرف البنك بها تصرف الملاك وضمائمها لأصحابها.

ويرى أرباب البنوك وخبراء المحاسبة أن هذا هو الإجراء الصحيح، وهذا ما نص عليه أيضاً المعيار المحاسبي للمضاربة الصادر عن (أيوفي) أيضاً. فقال المعارض هي إذاً مضمونة على البنك، فهي مضاربة فاسدة؛ لأن الفقهاء نصوا على أن الضمان الذي يقدمه المضارب يضمن فيه رأس المال أو الربح يُبطل عقد المضاربة<sup>(1)</sup>.

يلخصه ما جاء في الموسوعة الفقهية<sup>(2)</sup>: "وقد نص الحنفية والمالكية على أنه لو شرط رب المال على العامل ضمان رأس المال إذا تلف أو ضاع بلا تفريط منه كان العقد فاسداً، وهذا ما يؤخذ من عبارات الشافعية والحنابلة؛ لأنهم صرحوا بأن العامل أمين فيما في يده، فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن، فاشتراط ضمان المضارب تنافي مع مقتضى العقد". وقال ابن قدامة في المغني: "متى شُرط على المضارب ضمانُ المال أو سهماً من الوضعية فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً".

وفي قرار مجمع الفقه مكة المكرمة في دورته الرابعة عشرة 1995م: "الخسارة في مال المضاربة على رب المال في ماله ولا يُسأل عنها المضارب إلا إذا تعدى على المال أو قصر في حفظه".

## 4- شروط وأحكام المضاربة المصرفية:

وقد كان يسمح للبنوك فيما مضى بأن تقبل نوعي الأموال المذكورة أعلاه، ولكن بعد حدوث الكثير من المشاكل التي كانت خلفيتها سوء استخدام خاصة جعل الأموال خارج الميزانية مثل إخفاء خسائر حقيقية وذلك بنقلها إلى خارج الميزانية، اتجهت القوانين المصرفية في أكثر البلدان إلى منع البنوك التجارية من قبول أموال خارج الميزانية<sup>(2)</sup>. واقتصر نشاطها على قبول الأموال إذا كانت داخل الميزانية فقط.

1- ومع أن الآراء المخالفة جديدة بالنظر لكن ليس هذا مجال بسط هذه المسألة.

2- الموسوعة الفقهية ج38، ص63.

يمثل مستند الشروط والأحكام لفتح حساب المضاربة الذي يوقعه العميل عقد المضاربة بين الطرفين. وبينما أن المعالجة المحاسبية لحساب المضاربة تدل على الضمان المفسد للعقد فليس كذلك أحكام وشروط فتح الحساب، والتي تمثل كما ذكرنا أعلاه عقد المضاربة بين البنك وعميله.

قد تختلف أحكام وشروط حساب المضاربة من مصرف إلى آخر، لكنها تتفق جميعاً في النص على نفي ضمان المصرف لرأس مال المضاربة في غير حال التعدي والتفريط.

وقد أظهر استعراض سريع لشروط وأحكام هذا النوع من الحسابات في خمسة مصارف سعودية ومصرفين خليجين أن عقد المضاربة فيما يتعلق بمسألة ضمان رأس المال جارٍ على الأحكام الشرعية الصحيحة، إذ يتضمن نصاً صريحاً بعدم الضمان<sup>(1)</sup>.

#### 5- السيادة لشروط العقد وليس للمعيار المحاسبي:

من الواضح أن هناك تناقضاً بين مدلول المعيار المحاسبي الذي يتعامل مع رأس مال المضاربة على أنه مملوك للبنك وأنه مضمون عليه، وبين عقد المضاربة الذي ينص بشكل لا لبس فيه على الصحيح من أحكام المضاربة وهو أن المضارب لا يضمن رأس المال ولا الربح.

#### 1- أ- المصرف الأول:

"البنك لا يضمن رأس مال المضاربة ولا الربح المتوقع إلا في حال كانت الخسارة راجعة إلى التعدي أو التفريط من قبل البنك".

#### أ- المصرف الثاني:

"في حال وقوع خسارة فللبنك أن يتبرع بدرء الخسارة إلى رأس المال كحد أعلى دون إلزام عليه في ذلك، وإنما يكون هذا التبرع بإرادة منفردة".

#### ب- المصرف الثالث:

"في حال تحقق الخسارة لأرباب المال فإن البنك سيتحمل الخسارة كاملة في حال كان سببها التعدي أو التفريط، أما في الحالات الأخرى فإن البنك ربما يقوم بدرء خسارة أرباب الأموال بشكل جزئي أو كلي من غير إلزام عليه في ذلك".

#### ج- المصرف الرابع:

"يقر صاحب الحساب بعلمه أنه بناءً على أحكام المضاربة الشرعية فإن الخسائر حال تكبدها توزع على جميع أصحاب الحسابات بنسبة حصة كل منهم في أموال المحفظة".

"في حال تكبد أي خسارة جراء احتيال أو سوء تصرف جسيم -إهمال جسيم- من جانب [المصرف] أو أحد مسئوليه بتنفيذها يصبح [المصرف] ملزماً بجبر الخسارة إلى صاحب الحساب وفقاً لهذه الشروط والأحكام".

#### د- المصرف الخامس:

"3- في حال حصول خسارة في رأس المال فلن يكون البنك باعتباره مضارباً مسؤولاً عن هذه الخسارة إلا في حال التعدي أو التفريط من قبل البنك".

#### هـ- Bank No. 6:

"F) There is no guarantee of any profit returns provided to the Rab al Mal. Any loss shall be suffered entirely by the Rab al Mal except in the event of negligence or will full misconduct action of the Mudareb.

#### و- Bank No. 7:

"In case the actual profit amount is lower than the anticipated profit amount, the account holders shall be entitled only to the actual profit amount. In this situation, the bank may decide at the time of profit distribution to give discretionary bonus to the account holders to cover such shortfall amount without any obligation from the bank.

في حال وقوع الخلاف بين المصرف والعميل ودعوى العميل أن البنك ملتزم بضمان رأس المال، محتجاً بما ذكرنا في معايير المحاسبية، وأن البنك لما وضع هذه الأموال في داخل ميزانيته فهو ضامن لها. واحتاج الأمر إلى إقامة الحجة أمام القضاء، فالمعول لدى القضاء إنما هو على نصوص العقد وليس على معايير المحاسبية، وقد نصت شروط وأحكام فتح حساب المضاربة كما ذكرنا على عدم الضمان، بمعنى أن رب المال لو ادعى أن على البنك أن يتحمل الخسائر من غير حال التعدي والتفريط بناء على معايير المحاسبية فإن القضاء سيعتمد على نص العقد وليس معيار المحاسبية؛ للأسباب التالية:

أ- لا شك أن العقد من أهم مصادر الالتزام في العلاقات التي تقع بين الناس ويعول عليه في حفظ الحقوق والالتزامات وتوثيقها وهو مرجع القضاء في فض المنازعات لأن شروطه وأحكامه هي ما حصل عليه التراضي بين طرفي العقد ولذلك فإن له السيادة على كافة المستندات ذات العلاقة.

ب- من القواعد العامة في الإثبات أنه لا يسوغ للشخص أن يصنع دليلاً لنفسه يحتج به ضد الغير وفي نفس الأمر لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه لصالح الغير، والقيود المحاسبية سجلات داخلية خاصة بالبنك، ولم ينص على حجيتها في العقد، ولذلك لا يجبر البنك على القبول بها بينة لصالح الخصم.

ج- ومن قواعد الإثبات في القانون أن القيود المحاسبية لا تُقبل دليل اثبات بحد ذاتها إلا بأن تكون مؤيدة بالمستندات التي تمت بموجبها كل عملية من العمليات المحاسبية، والدفاتر المحاسبية للبنك ليست أكثر من قرينة وليست دليلاً يحتج به ولا يكون لها أثر إلا بعد مضاهاة دفاتر كلا طرفي النزاع.

د- ومن تطبيقات قاعدة اليقين لا يزول بالشك في القضاء، أن الأمر الثابت والمقرر بدليل (وهو عقد المضاربة) لا يرتفع حكمه بالشك الطارئ عليه (مثل معايير المحاسبية).

والخلاصة أن صيغة حساب الادخار على سبيل المضاربة كما تمارسه البنوك مستوفٍ لشرائط الصحة ولا يؤثر عليه ما جرى العمل به من قيود أو معايير محاسبية.

## 6- في معايير المحاسبية حماية لأرباح المال:

نريد أن نعرض هنا الوضع الذي تتحقق فيه الخسارة لأصحاب حسابات الادخار على سبيل المضاربة لندرك أن ليس في معايير المحاسبية ضمان لرأس المال بل فيها في الجملة حماية لأصحاب هذه الحسابات.

الخسارة في لغة الفقه هي نقص رأس المال وعدم سلامته عندما تجرى عملية التنضيب، أما انخفاض الربح عن المتوقع فلا يعد خسارة، بناءً على ذلك فإننا بجعل أموال أصحاب الحسابات داخل ميزانية البنك فإن هذا يعني أن حسابات المضاربة تشارك ملاك البنك فيما يقع من ربح بحسب ما نص عليه في العقد ولا تشارك في الخسائر إلا إذا نقص رأس مال البنك، ومرجع هذا هو أن نصيب أصحاب الحسابات من الربح يجري حسابه كجزء من الربح الإجمالي<sup>(1)</sup>، أي قبل أن يدفع البنك ما عليه من ضرائب (وفوائد على القروض) وأرباح على عمليات التمويل كالصكوك والمصاريف الأخرى غير مصاريف الإنتاج، ولا تظهر الخسارة عند مستوى الربح الإجمالي<sup>(2)</sup>، إلا أن يكون رأس مال البنك أقل من أن يغطي جميع خسائره. ومثل هذا الوضع يترتب عليه نتيجتان؛ الأولى: أن أصحاب الحسابات الادخارية سيخسرون جزءاً من رأسمالهم، والثانية: أن البنك سيكون في وضع عدم القدرة على الاستمرار ولا بد له من رفع رأس ماله أو إغلاق أبوابه والتوقف عن العمل.

-1 Gross Profit

-2 Gross Profit

## المسألة الثانية:

### وعاء المضاربة

ذكرنا في موضع آخر أن الأموال التي يتلقاها البنك في حسابات المضاربة تكون داخل الميزانية إذ يخلطها المصرف مع أمواله الأخرى مثل رأس ماله وأرصدة الحسابات الجارية .. إلخ، فإن كان البنك مصرفاً إسلامياً فلا إشكال في المسألة إذ أن الاستخدامات لهذه الأموال تكون ضمن الضوابط الشرعية إذ كل نشاط البنك هو في مجال التمويل الإسلامي.

ولا يخفى أن جل النشاط المصرفي الإسلامي في يوم الناس هذا هو في بنوك تقليدية وذلك من خلال نوافذ إسلامية، يترتب على جعل أرصدة حسابات المضاربة داخل الميزانية اختلاطها مع جميع أموال البنك الأخرى، ونظراً إلى أن البنك يمارس المصرفية الإسلامية والتقليدية، وربما قيل إن على هذا البنك في حال تقديمه حسابات على سبيل المضاربة أن يعزلها في وعاء مستقل عن بقية أموال البنك لا سيما ودائع الحسابات التقليدية، لكن هذا غير ممكن من الناحية العملية.

فهل من سبيل إلى التأكد أن ودائع حسابات المضاربة لا تستخدم في التمويل التقليدي وإنما يقتصر استخدامها في

التمويلات الإسلامية؟

السبيل إلى ذلك هو التأكد دائماً من أن مبلغ عمليات التمويل الإسلامية في دفاتر البنك هو دائماً أكبر من مجموع أرصدة حسابات المضاربة، فإذا وقع هذا فإنه كافٍ للتأكد من أن جميع أرصدة حسابات المضاربة استخدمت في التمويل الإسلامية. وعملية التأكد هذه متاحة لكافة البنوك عن طريق نظامها الآلي الذي يبين في كل لحظة الأصول والخصوم ويصنفها بحسب أنواعها، فإذا ظهر في جانب الخصوم (المطلوبات) أن حصيلة حسابات المضاربة هي مثلاً 100 مليون وظهر في قائمة الأصول أن الأصول الإسلامية هي 150 مليون فهذا يعني ما يلي:

(1) أن كامل حصيلة حسابات المضاربة قد جرى استخدامها لتوليد أصول إسلامية (100 مليون).

(2) أن جزءاً من موارد البنك الأخرى قد جرى استخدامه في توليد أصول إسلامية (50 مليون).

يمكن القول، بناء على ذلك أنه يكفي للتأكد من أن جميع ودائع حسابات المضاربة تستخدم في معاملات إسلامية أن تحمل دفاتر البنك حجماً من المعاملات الإسلامية يساوي أو يزيد عن تلك الودائع ولا حاجة لإنشاء وعائين في خزينة البنك يكون لكل واحد منهما أصوله وخصومه الخاصة به.

مستند ما ذهبنا إليه:

إن ما ذهبنا إليه مستند إلى حقيقة أن النقود في القول الراجح لا تتعين بالتعيين، ومعنى لا تتعين بالتعيين أنها في الذمة، وهذه مسألة اختلف الفقهاء بشأنها قديماً؛ وقد ذهب الحنفية والمالكية وهو رواية عن الامام أحمد إلى أنها لا تتعين بالتعيين<sup>(1)</sup>، فيجوز إطلاقها في العقد كالمكيال، ولأن الثمن يثبت في الذمة فلزم أن لا يتعين بالتعيين<sup>(2)</sup>، ومن قال إنها تتعين كالشافعية يترتب على قبولهم أنه لو اشترى شيئاً بدراهم معينة فحبسها وأعطى البائع مثلها فليس له ذلك ويبطل البيع لو هلك<sup>(3)</sup>. وهذا الكلام قد يكون له وجه لما كانت الدراهم تتباين؛ إذ يكون منها الصحيح والمكسور والمقطوع ... إلخ، ولكن لا

1- الموسوعة الكويتية.

2- شرح الزركشي على مختصر الخري ج3، ص471.

3- المبسوط ج14، ص15.



يتصور أن يكون لهذا القول وجه اليوم، وقد أضحت النقود ليس فقط تامة التماثل لا سبيل لاختلاف أحدهما عن الآخر بل لأنها أصبحت أرقاماً مسجلة في أجهزة الحساب الخاصة بالمؤسسات المالية وليس لأكثرها وجود حسي، فالقول أنها لا تتعين بالتعيين هو الصواب، وهو الموافق لواقع النقود اليوم.

بناءً على ذلك لو كانت موارد البنك التقليدي المالية (حيث تقدم المصرفية الإسلامية من خلال نافذة)، جميعها في وعاء واحد، وكانت تلك التي وقع تحصيلها من حسابات المضاربة تمثل 15% من هذا الوعاء، ثم نظرنا إلى استخدامات الأموال فوجدنا ان 20% (أو على الأقل 15%) منها أصول إسلامية، يمكن لنا أن نطمئن إلى أن جميع أرصدة حسابات المضاربة قد جرى استخدامها في تمويلات إسلامية، لأن النقود لا تتعين بالتعيين فلا يمكن تميز تلك الأموال التي جاءت من حسابات المضاربة عن غيرها. ومعلوم أن عزل أرصدة حسابات المضاربة عن بقية أموال البنك أمر غاية في الصعوبة ولا يتوافق مع المعايير المحاسبية والمالية. والذي نقول إنه لا حاجة لمثل هذا العزل بل يكفي التأكد من أن الاستخدامات الإسلامية للأموال هي دائماً أكثر (أو على الأقل تساوي) مجموع أرصدة حسابات المضاربة فإذا وقع ذلك يكون البنك قد التزم باستثمار أموال أصحاب حسابات المضاربة في تمويلات إسلامية.

## المسألة الثالثة:

### تحديد رصيد أدنى لاستحقاق الريج

مما جرى عليه عمل البنوك اشتراطاً حدّ أدنى لرصيد حساب المضاربة لكي يستحق رب المال نصيباً من الريج، مثل: أن يشترط أن الحد الأدنى لرصيد الحساب الذي يؤهل صاحبه للحصول على نصيب من الريج هو 10.000 ريال بناءً على ذلك، فإن صاحب الحساب الذي يبلغ رصيده 9500 ريال لن يحصل على نصيب من الريج. بالرغم من أن رصيد الحساب ربما استثمر وحقق ربحاً. وتنص بعض صيغ عقود المضاربة على أن الحساب إذا نقص رصيده عن الحد الأدنى المشروط فإنه ينقلب إلى حساب جار يكون الرصيد فيه مضموناً على البنك دون الحصول على عائد عليه.

#### الباعث على هذا الإجراء:

لعل الباعث على هذا الإجراء هو أن معالجة عملية الاستثمار يترتب عليها تكاليف، ولذلك تحرص البنوك على أن يكون الرصيد عند الحد الذي يولد ربحاً يغطي هذه التكاليف على الأقل.

والاعتراض المحتمل هو القول أن في هذا الإجراء حرمان بعض أصحاب حسابات المضاربة من ربح مستحق لهم.

إلا أن هذا محل نظر؛ للأسباب التالية:

أولاً: لأن هذا شرط لا ينافي مقتضى العقد فلا يطلب من المضارب ان يقبل أي مبلغ إذ له أن يحدد مقدار ما يرى انه

صالح لأن يكون رأس مال لمضاربة منتجه للريج.

ثانياً: فالحسابات ذات الأرصدة المتدنية عبء على البنك ولذلك تعتمد أكثر البنوك إلى فرض رسوم حتى على الحسابات

الجارية إلا انخفض رصيدها عن حد معين.

ثالثاً: لرب المال ان يشترط على المضارب شروطاً الغرض منها تحسين فرص تحقيق الريج، مثل: أن لا يسافر بالمال،

أو لا يعمل إلا في بلد معين، أو لا يشتري إلا سلعاً من نوع معين ... إلخ، فذلك المضارب له أن يشترط لنفسه حداً أدنى لرأس

المال الذي يقبله إذا ظن أن ذلك أرجى في تحقيق الريج. ولا يقال إن فيه حرمان لرب المال من نصيب مستحق في الريج؛ لأنه

لما جعل الرصيد الذي يقل عن الحد المطلوب حساباً جارياً فإنه بذلك يصبح مضموناً على المصرف، فإن كان ثم ربح فهو

للمصرف بناءً على قاعدة الخراج بالضمنان. وما دام أن المبلغ مضمون على البنك فهو المستحق لما ينتج عنه من ربح وليس

العميل.

## المسألة الرابعة:

### التعبير عن الربح كنسبة مئوية من رأس المال

جرى العرف المالي على الإفصاح عن معدلات الأرباح، ونتائج الاستثمار، وجميع مؤشرات النمو، بالطريقة التي يمكن بها المقارنة مع باقي الفرص المتاحة لدى المصارف الإسلامية والتقليدية، وأسواق المال، والمشاركين الآخرين ونحو ذلك.

من أجل ذلك كثيراً ما نرى المصارف تعلن عن الربح المتوقع في حسابات المضاربة كنسبة إلى رأس المال، فيقال إن نسبة الربح المتوقعة 5%، فيفهم من ذلك أن مبلغ 100.000 لو أودع لمدة سنة كاملة في حساب المضاربة فالتوقع أن ينتج 5000 ريال.

لا يخفى أن أحكام المضاربة تشترط أن يكون الربح على الشيوخ، وأن المضارب ورب المال يقترسان هذا الربح بينهما، فيقال 20% للمصرف و80% لرب المال، قال ابن قدامة في "المغني": "والثاني: أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت"<sup>(1)</sup>.

وجاء في "مختصر القدوري": "المضاربة على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل الآخر، ومن شروطها أن يكون الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما منه دراهم مسماة"<sup>(2)</sup>.

وجاء في "معيار توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة" الصادر من (أيوفي) ما يلي: "1/4 ... ولا يجوز أن يحدد بمبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال لأحد الطرفين أو بأي طريقة تؤدي إلى عدم اشتراك الطرفين في الربح".

وصدر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الرابعة عشرة شعبان 1415 هـ 1995/1/21 م، قرارٌ نص على: "لا يجوز في المضاربة أن يحدد المضارب لرب المال مقداراً معيناً من الربح؛ لأن هذا يتنافى مع حقيقة المضاربة، ولأنه يجعلها قرضاً بفائدة، ولأن الربح قد لا يزيد على ما جُعِلَ لرب المال، فيستأثر به كله، وقد تخسر المضاربة، أو يكون الربح أقل مما جُعِلَ لرب المال".

فهل في التعبير عن الربح كنسبة مئوية من رأس المال مخالفة لهذه الأحكام؟

قد يبدو للوهلة الأولى أن الأمر كذلك؛ لأن الأصل أن يعبر عن نصيب رب المال كنسبة شائعة من الربح، كأن يقال النصف أو الثلث أو نحو ذلك، إلا أن التعبير عنه كنسبة من رأس المال لا يعني التخلي عن الطريقة الشرعية في قسمة الربح على الشيوخ، وإنما كل ما في الأمر أن القسمة تجري بالطريقة المشروعة، فإذا قيل أن الربح المتوقع من هذا الاستثمار هو 10.000 ريال وتمثل 10% على رأس مال قدره 100.000 ريال وأن حصة رب المال من الربح هي 40%، معنى ذلك أنه يحصل من ذلك الربح المتحقق على 4000 ريال، وتمثل نسبة إلى رأس ماله قدرها 4%، فليس هناك ما يمنع، والأمر كذلك، أن يعلن البنك أن الربح المتوقع في حسابات المضاربة هو 4%. ولكنها تبقى في مجال التوقُّع وليس الضمان.

1- المغني، ابن قدامة، ج7، ص145

2- مختصر الفتاوى، ص113.

## المسألة الخامسة:

### استخدام الأوزان

جرى العمل في البنوك التي تقدم حسابات المضاربة على استخدام الأوزان في قسمة الربح، وذلك بمنح صاحب الرصيد الأكبر نصيباً أكبر في قسمة الأرباح. والغرض من ذلك هو جذب أصحاب المدخرات الكبيرة إلى هذه الحسابات، والطريقة المعتادة هي: أن تختلف نسبة اقتسام الربح بين المضارب (البنك) ورب المال باختلاف حجم الاستثمار. على سبيل المثال: تكون نسبة اقتسام الربح بين الطرفين هي 70% لرب المال و 30% للمضارب، إذا كان الرصيد 100 ألف أو أقل من ذلك، ولكن لو زاد عن 100 ألف يحصل رب المال على 80% من الربح، ويحصل المضارب على 20% فقط، وهكذا.

ولكن نظراً إلى أن جميع الأموال تستثمر في وعاء واحد، فحقيقة الأمر أن نسبة ما يتحقق لكل ريال مساوٍ لكل ريال آخر، وما يتحملة كل ريال من مخاطر مساوٍ لكل ريال آخر، فكيف يسوغ التفريق بينهم في معدل ما يحصلون عليه من ربح؟ والجواب عن ذلك: أنه لما كان المصرف يرتبط مع كل مدخر بعقد مستقل يحصل فيه التراضي بين الطرفين على الشروط والاحكام، ومنها قسمة الربح، فليس هناك ما يلزم المضارب أن يتبنى عقداً موحداً لجميع العملاء أو نسبة واحدة لقسمة الربح.

جاء في "قرارات الهيئة الشرعية لبنك المؤسسة العربية المصرفية في البحرين" ما يلي: "لا مانع شرعاً من تخفيض المضارب نصيبه من الأرباح بالنسبة لبعض أصحاب الحسابات في المضاربة المشتركة؛ لأنه يجوز التفاوت في نسبة الربح بين شريك وشريك..."، فالذي يميز بين عميل وآخر نصيب كل من المضارب ورب المال من الربح، أما الربح في الوعاء فهو واحد لجميع الأموال.

ونص "معيار توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة" الصادر من (أيوفي) على ما يلي:  
"3/4: يجوز للمؤسسة أن تحدد نسباً مختلفة بينها وبين شرائح مختلفة من أصحاب الحسابات الاستثمارية، كما يجوز أن تكون نسبة الربح موحدة بينها وبين جميع أصحاب الحسابات الاستثمارية، يجوز أن تكون نسب الأرباح فيما بين أصحاب الحسابات الاستثمارية موحدة، كما يجوز أن تكون مختلفة تُحدّد على أساس أوزان معلومة".

## المسألة السادسة:

### ربط العائد بالمدة

يقولون "ربط العائد بالمدة" جرياً وراء اللغة المالية الدارجة؛ والمقصود تغيير نسبة اقتسام الربح تبعاً للمدة، وفيه

مسائل:

1- لما كانت المصارف الإسلامية لا مناص لها من منافسة البنوك التقليدية، اتجهت إلى استعمال نفس الإطار العام لحسابات التوفير من ناحية وصفها بأن العائد فيها مربوط بالمدة، والحال أن المربوط بالمدة هو نسبة اقتسام الربح بين المضارب ورب المال، فكلما كانت مدة عقد المضاربة أطول كلما حصل رب المال على نصيب أعلى من الربح مقارنة بالمضارب. ومن المشتهر في عالم البنوك أن الوديعة ذات الأجل الأطول تحصل على نسبة فائدة أعلى، ولذلك جاء حساب المضاربة لكي يتسم بهذه الصفة، وكل ذلك سائغ لا إشكال فيه من الناحية الشرعية.

2- وللربط بالمدة طريقتان:

الطريقة الأولى: الاتفاق ابتداءً على مدة الأجل مع منح الأجل الأطول نصيباً أكبر من الربح، فهذا لا يظهر فيه أي إشكال، إذ كل ما فيه أن المضارب يقول لرب المال الذي أودع أمواله في عقد مضاربة مدته سنة: نصيبه من الربح هو 70%، ولمن أودع أمواله لمدة شهر هو 20%.

والطريق الثاني: أن يحدد عند الدخول الأجل الأدنى الذي يستحق معه الربح، وهو مثلاً ستة أشهر، والحد الأعلى وهو مثلاً سنة، ويكون نصيب المضارب مثلاً 20%، ولكن لو ترك رصيد الحساب قائماً حتى بلغ الأجل الأعلى (سنة مثلاً) استحق نسبة ربح الأجل الأعلى أي 30% مثلاً. أما إن سحب الأموال بعد ستة أشهر لم يستحق إلا 20% من الربح.

أ- عقد المضاربة جائز ليس لازماً:

المضاربة عقد جائز، فإذا شرط فيه للزوم فالشرط فاسد في قول جمهور الفقهاء؛ لأنه في نظرهم شرط منافٍ لمقتضى العقد، أما المالكية والشافعية فقالوا يفسد العقد بالشرط الفاسد، وأما الحنفية والحنابلة فإنهم يبطلون الشرط ويصحون العقد، وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله- إلى جواز اشتراط لزوم المضاربة لمدة معينة، إذ يجوز عنده اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد إذا لم يخالف الشرع، ولم يخالف مقصود العقد الذي وضع له، وكان لهما مصلحة في اشتراطه، وقال: "... لأنه عمل مقصود للناس يحتاجون إليه؛ إذ لولا حاجتهم إليه لما فعلوه، فإن الإقدام على الفعل مظنة الحاجة إليه ولم يثبت تحريمه فيباح لما في الكتاب والسنة مما يرفع الحرج"<sup>(1)</sup>.

وهذا ما عليه عمل البنوك الإسلامية، وما نصت عليه فتاوى هيئاتها الشرعية. وجاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثالثة عشرة في الكويت ديسمبر 2001م: "خامساً ... الأصل أن المضاربة عقد غير لازم، ... وهناك حالتان لا يثبت فيهما حق الفسخ، وهما: (1) إذا شرع المضارب في العمل؛ حيث تصبح المضاربة لازمة إلى حين التنضيق الحقيقي أو الحكمي. (2) إذا تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة فينبغي الوفاء لما في الإخلال من عرقلة مسيرة الاستثمار. سادساً ... لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين؛ بحيث تنتهي بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ

من أحدهما، ويقتصر أثر التوقيت على المنع من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد، ولا يحول ذلك دون تصفية العمليات القائمة".

#### ب- ترديد المضاربة:

قول المضارب لرب المال: إن تركت الأموال في الحساب ستة أشهر فلك ربع 4/1، وإن تركتها سنة لك النصف، ربما قيل في هذا جهالة الأجل، فلا يجوز. يرد على ذلك: كما ذكر أعلاه أن المضاربة لا أجل لها؛ لأنها في الأصل عقد جائز غير لازم، فلا تنور مسألة جهالة الأجل. هذا الترتيب ليس جديداً، وقد تحدث عنه الفقهاء قديماً فيما سمي ترديد الأجرة.

جاء في الفتاوى الهندية<sup>(1)</sup>: "إذا قال للخياط إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يصح الشرط الأول ولا يصح الشرط الثاني. وقال أصحابنا: يصح الشرطان جميعاً. فإن خاطه في اليوم الأول يجب المسئى في ذلك اليوم، وإن خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل، لا يزداد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم".

وفي منح الجليل<sup>(2)</sup>: "سئل الامام مالك عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم، ثم يقول له بعد ذلك: عجله إلى اليوم ولك نصف درهم، فقال: لا أرى به بأساً، وأرجو أن يكون خفيفاً".

ولا يبعد جوازه عن الشافعية، قال في "نهاية المطلب للجويني": "قال القاضي: الحكم بالصحة محتمل مع هذا التردد فإنه لو عين أحد النوعين وفيه متسع كما ذكرناه لم يبعد الحكم بالصحة فإذا ذكرهما على التردد فقد زاد العامل مزيد بسطة إذ خيّر بينهما وهذا أولى بالصحة من تعيين أحدهما..."<sup>3</sup>.

وقد أجازته عدد من الهيئات الشرعية، جاء في كتاب "الروضة الندية في الفتاوى الشرعية" وهي قرارات الهيئة الشرعية لمصرف فيصل الإسلامي في البحرين، ما يلي: "هل يجوز التفاضل في الربح بين أرباب الأموال بموجب الاختلاف بينهم في مدد الاستثمار؟

الجواب: نعم، يجوز ذلك حيث يكون النقص في الربح للعامل زيادة في الربح لأرباب الأموال ذوي المدد الطويلة، ويكون تقدير ذلك بواقع نسب المشاركة في المضاربة ومدة البقاء فيها وفقاً لمعيار محاسبي إسلامي عادل، وبشرط أن يكون هذا معلوماً للمضارب ولرب المال، ومنصوص عليه في عقود المضاربة، أو بموجب موافقة كتابية من العميل (رب المال).

وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره الثالثة عشر في الكويت ديسمبر 2001م: "لا مانع شرعاً من توزيع الأرباح من استخدام طريقة النُّمَر القائمة على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار...".

وكذلك المجلس الشرعي لأيوبي حيث جاء في "معيار حسابات الاستثمار (الودائع الاستثمارية)" الصادر عن (أيوبي) ما

يلي:

"1/5 تطبيق حساب النُّمَر في توزيع الربح:

مع مراعاة البند 3/4 والبند 4/4 تطبق طريقة النقاط (النُّمَر) لحساب توزيع الأرباح بين المشاركين في حسابات الاستثمار العامة القائمة على مراعاة مبلغ كل مستثمر ومدة بقائه في الاستثمار (وحدة العملة × الوحدة الزمنية)، فيعطي كل حساب نقاطاً

1- الفتاوى الهندية، ج4، ص455.

2- منح الجليل شرح مختصر خليل، لعليش، ج7، ص1629.

3- نهاية المطلب للجويني ج6، ص370.

بمقدار المبلغ والمدة التي مكثها، ولو تكرر الإيداع فيه والسحب منه أو تفاوتت المبالغ كل مرة، ويعتبر أصحاب الحسابات موافقين ضمناً على المباراة عما يتعذر الوصول إليه، وينظر البند 4/5".

## المسألة السابعة:

### التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع

لم نجد في جميع ما اطلعنا عليه من نماذج عقود المضاربة المصرفية عقداً يخلو من نص يتنازل فيه رب المال عما زاد من الربح عن النسبة المتوقعة. وهذا التنازل يكون عادة للمضارب (أي البنك)، وفي حالات أخرى يكون لحساب احتياطي مخصص لدرء الخسائر أو النقص في معدل الربح الذي ربما يقع في المستقبل<sup>(1)</sup>.

ولهذا التنازل مبررات في نظر البنوك:

1- تحقيق الاستقرار والتوقع للعائد، ذلك أن الاستثمارات التي تتصف بهذه الصفة تساعد المستثمر على التخطيط السليم.

2- أن الربح المتوقع هو متوسط ما تحققه هذه الحسابات في العادة، والذي يقاس في البنوك التقليدية بسعر الفائدة ولا داع لحصول المستثمر على معدل أعلى من ذلك؛ لأن مثل هذا الإجراء يؤدي إلى جذب ودائع أكثر مما يستطيع البنك إدارته.

3- حصول رب المال على الربح المتحقق فعلاً يترتب عليه عدم استقرار معدل الربح، إذ يكون مرتفعاً أحياناً ومنخفضاً في أحيان أخرى، ويترتب على ذلك الخروج والدخول المتكرر للمودعين، حيث يلاحقون العائد الأعلى وينصرفون عن البنك الذي انخفضت عوائده إلى بنك آخر، وفي مثل ذلك ضرر على البنك وعلى القطاع المصرفي برمته.

والإيراد الذي أورده بعض أصحاب الفضيلة على هذا التنازل هو أن رب المال لا يجوز له التصرف في ربح لم يتحقق بعد ولو أن هذا التنازل يحصل بعد تحقق الربح واستحقاقه من قبل رب المال فهذا لا بأس به.

### مستندات القول بجواز هذا الشرط:

1- أن حقيقة هذا التنازل أنه هبة معلقة على شرط، فلسان حال رب المال يقول مخاطباً المضارب: إن تحقق ربح يزيد عن كذا فهو لك.

وقد اختلفت كلمة الفقهاء في مسألة تعليق الهبة على الشرط فمنعها أكثرهم، وأجازها البعض منهم.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية: "لما كانت الهبة من عقود التمليكات وأن مقتضى التمليك هو الجزم والتنجز، لذلك فقد منع فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد تعليق الهبة أو إضافتها إلى المستقبل؛ لأن الهبة تمليك في الحال والتعليق والإضافة تنافيه".

---

1- جاء في فتاوى مصرف فيصل الإسلامي في البحرين ما يلي: "ان اتخاذ المصرف صندوقاً لمخاطر الاستثمار يجري تمويله من اقتطاع نسبة من الأرباح من عمليات المضاربة المختلفة عنده يعتبر تصرفاً من المصرف يشكر عليه وسيكون سبباً في وقاية الاستثمارات عنده من الاخطار وتدني الربح ... ترى توجيه إدارة المصرف بما يلي: ... يجري اقتطاع هذه النسبة من صافي الأرباح قبل التوزيع ... يجري الصرف منه في كل حالة تعود على أموال المستثمرين بالنقص ...".



وقال ابن قدامة في المغني: "ولا يصح تعليق الهبة بشرط؛ لأنها تمليك لعين في الحياة فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع، فإن علقها على شرط كقول النبي -صلى الله عليه وسلم- لأُم سلمة: (إن رجعت هديتُنا إلى النجاشي فهي لك) كان وعداً"<sup>(1)</sup>.

واختار شيخ الاسلام ابن تيمية -رحمه الله- جواز تعليق الهبة بالشرط<sup>(2)</sup>. وقال ابن القيم راداً على من قال إن الهبة لا يصح تعليقها بالشرط: "وهذا الحكم غير ثابت بالنص ولا بالإجماع، فما الدليل على بطلان تعليق الهبة بالشرط، وقد صح عن النبي -صلى الله عليه وسلم- أنه علق الهبة بشرط في حديث جابر، لما قال: "لو قد جاء مال البحرين لأعطيتك هكذا وهكذا ثم هكذا -ثلاث حيثيات- وأنجز ذلك له الصديق -رضي الله عنه- لما جاء مال البحرين بعد وفاة رسول الله -صلى الله عليه وسلم-. فإن قيل: كان وعداً. قلنا: نعم، والهبة المعلقة بالشرط وعد"<sup>(3)</sup>، يمكن القول عندئذٍ أن غاية ما هنالك وجود هبة معلقة على شرط.

2- أنهم أجازوا البيع بالقيمة في قول الرجل للسمسار بع كذا وما زاد فهو لك. وفي هذا شبّه بما ذكرنا من قول رب المال للمضارب: حقق لي ربح مقداره كذا، وما زاد فهو لك.

قال ابن قدامة في المغني<sup>(4)</sup>: "إذا قال: بع هذا الثوب بعشرة فما زاد فهو لك، صح، واستحق الزيادة، وقال الشافعي لا يصح، ويدل لصحة هذا: أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً، ولأنه يتصرف في ماله بإذنه، فصح شرط الربح كالمضارب والعامل في المساقاة".

كما صدر عن ندوة البركة الحادية عشر سنة 1996م، التوصية ذات الرقم 8/11: "يجوز الاتفاق في المضاربة على تحديد حصة رب المال بنسبة معينة من الأرباح في بداية المضاربة، وأن هذه النسبة تتغير إذا وصلت أرباحه إلى نسبة معينة من رأس ماله...".

مثل: أن يكون الاتفاق على 90% لرب المال و 10% للمضارب، فإذا بلغت أرباح رب المال 5% من رأس ماله تصبح نسبة اقتسام ما زاد عن ذلك 50% و 50% مثلاً.

وجاء في "فتاوى الهيئة الشرعية لبنك المؤسسة العربية المصرفية الإسلامي" ما يلي: "يجوز في عقد المضاربة أن ينص على أنه إذا زاد الربح عن النسبة المتوقعة للمضارب تلك الزيادة شريطة أن يقترن بذلك تحديد نسبة مئوية شائعة كأساس لتوزيع الربح بين الطرفين، ثم ينص على النسبة المتوقعة للربح، وأنه إذا زاد الربح عن النسبة المتوقعة فالزيادة للمضارب، ويمكن أن يُتفق على تقسيم الزيادة نفسها بين الطرفين بأي نسبة يتفق عليها".

1- المغني، لابن قدامة، ج6، ص47.

2- الانصاف، للمرداوي، ج17، ص24.

3- اغائة اللهبان، ج2، ص17.

4- المغني، ابن قدامة، ج5، ص86.

## المسألة الثامنة:

### تراكم الأرباح

إن الهيكل المعتمد لحسابات التوفير على أساس المضاربة في جميع البنوك تقريباً يعتمد مبدأ التنضيق الحكي اليومي، وهذا يعني أنه في نهاية كل يوم عمل يقوم البنك بالتصفية الحكيمة للمضاربة، وبناءً عليها تجري القسمة وتوزيع الأرباح حكماً، ثم في صباح اليوم التالي يدخل مع العملاء في مضاربة جديدة.

وقد جرى العمل لدى البنوك الإسلامية على بقاء رأس مال المضاربة كما هو، وعدم إضافة الربح المتحقق والموزع بعد التنضيق الحكي إلى رأس المال، وإنما رصده في حساب مستقل، ولا يجري استثماره لصالح العميل. وليس هذا ما يجري عليه العمل في حسابات التوفير التقليدية؛ ذلك أن الفائدة اليومية تضاف في تلك الحسابات إلى الأصل، ومن ثم يصبح رأس المال في اليوم التالي قد زاد بمعدل الفائدة، وهكذا في كل يوم، وهو ما يسمى "التراكم" (Compounding).

وقد رأى البعض أن في الطريقة التي تنفذ بها البنوك الإسلامية المضاربة إجحافاً بحق أرباب المال، وأن على البنوك أن تقوم في كل يوم بضم الربح إلى رأس المال، ويكون رأس المال في اليوم التالي زائداً بمقدار ربح الأمس.

لا تخلو أكثر التطبيقات لحساب المضاربة من التراكم (Compounding)، ولكنه على أساس شهري؛ بمعنى أنه في نهاية كل شهر تتم القسمة الفعلية، ويزيد حساب التوفير فعلاً بربح ذلك الشهر، ثم في اليوم التالي وهو اليوم الأول من الشهر التالي يكون رأس مال المضاربة هو رأس المال مضافاً إليه ربح الشهر المنصرم، (ما لم يقرر صاحب الحساب سحبه)، وهذا ما جرى عليه عمل المصارف الإسلامية، وهو إجراء يحقق مطلب الاختلاف بين الحسابات المعتمدة على المضاربة وتلك الحسابات التقليدية.

والقول بأن على المصرف تحقيق التراكم اليومي لا مستند له؛ لأن الأصل أن "المسلمون على شروطهم"، فإذا وقع التراضي من الطرفين على هذه الطريقة وهي غير مخالفة لأحكام المضاربة فلا يقال فيها بعدم الجواز.

# حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي

إعداد

د. عصام بن خلف العنزي

بحث مقدم إلى ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشرة

تنظيم البنك الأهلي التجاري - بمدينة جدة

بتاريخ: 22-21 ربيع الثاني 1441هـ الموافق: 18-19 ديسمبر 2019م.

بسم الله الرحمن الرحيم

## مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .. وبعد:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد،،،  
فبدعوة كريمة من البنك الأهلي التجاري لبحث مسائل في عقد المضاربة المصرفية، وهي مسائل عملية تباشرها البنوك الإسلامية إلا أنه مع ممارسة البنوك الإسلامية لعقد المضاربة منذ عشرات السنين، فإن كثيراً من المسائل تحتاج إلى بحث وتأصيل وتخريج، فمع تطور المصرفية الإسلامية فإن تصور كثير من المسائل قد اختلف مما يترتب معه اختلاف الأحكام، فالحكم على شيء فرع عن تصوره، وقد دأب البنك الأهلي التجاري على عقد مثل هذه الندوات المباركة التي تستجلي صور كثيره من المسائل التي تقوم بها المصارف الإسلامية والتي يقوم العلماء في بيان أحكام تلك المسائل.

سائلاً المولى عز وجل التوفيق والسداد في القول والعمل إنه ولي ذلك والقادر عليه.

{رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ} {البقرة/286}

كتبه الفقير إلى عفوره  
أ. د. عصام خلف العنزي

## المسألة الأولى: ضمان رأس مال المضاربة

جاء في نص المادة (726) من القانون المدني المصري ما يلي:- "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله، اعتبر قرضاً"

يقول السنهوري: "ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة (692)، وفي التقنين المدني الليبي المادة (726)، وفي التقنين المدني العراقي المادة (971)، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة (691).

ويخلص من هذا النص أنه إذا كان محل الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وأذن المودع للمودع عنده في استعمال هذا الشيء، فلا مناص من أن يستهلك المودع عنده الشيء بالاستعمال، ومن ثم لا يستطيع أن يرد الشيء بعينه كما هو الأمر في الوديعة، ويتعين أن يرد مثل الشيء كما هو الأمر في القرض. ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة -وتسمى الوديعة الناقصة- عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضاً. وأكثر ما ترد الوديعة الناقصة على ودائع النقود في المصارف حيث تنتقل ملكية النقود إلى المصرف ويرد مثلها<sup>(1)</sup>. بل ويدفع في بعض الأحيان فائدة عنها، فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً"<sup>(2)</sup>.

وقد أكد ذلك الفهم حكم محكمة النقض حيث نص الحكم على الآتي:

"الأصل أن النقود المودعة تنتقل ملكيتها إلى البنك الذي يلتزم برد مثلها فتكون علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك هي -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة (672) من القانون المدني قرضاً"<sup>(3)</sup>.

ولن أطيل في تفاصيل القانون والاتجاهات المختلفة عند القانونيين، لأن هذه القوانين قد وجدت قبل ظهور البنوك الإسلامية، فهذه القوانين وجدت للواقع الموجود في تلك الحقبة وهي بذلك لم تعالج واقع البنوك الإسلامية، فقد جاء حكم محكمة النقض في مصر في جلسة (1965/11/4) س 16 مج في مدني (975) "علاقة البنك بالعميل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لديه طبيعتها وديعة ناقصة، اعتبارها بمقتضى المادة (726) مدني قرضاً، مؤداه التزام البنك في مواجهة العميل بأن يرد إليه مبلغاً مساوياً لما قام بإيداعه في حسابه لديه من مبالغ" ومع أن القانون اعتبر حساب التوفير أو الوديعة الاستثمارية قرضاً، إلا أنه لم يعطه جميع أحكام القرض، فالقرض يختلف عنها بعدة أمور منها:

أ- القرض في القانون عقد لازم للطرفين، يقول السنهوري: "القرض ينشئ التزامات متقابلة في جانب كل من المقرض والمقرض، فهو إذن عقد ملزم للجانبين. والالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض هي أن ينقل ملكية الشيء المقرض ويسلمه إياه، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية، أما الالتزامات التي ينشئها في جانب المقرض فهي أن يرد المثل عند نهاية القرض وأن يدفع المصروفات، وقد يدفع فوائد مقابل القرض"<sup>(4)</sup>.

وهذا بخلاف حساب التوفير الذي لا يوجد له أجل، وإنما للعميل إغلاق الحساب في الوقت الذي يراه، فهو عقد جائز بالنسبة له، كما أن الوديعة الاستثمارية أيضاً يحق للعميل إنهاؤها متى شاء إذا توفرت السيولة لدى البنك.

ب- الأصل في القرض أن يكون محدداً بمدة يتم رد القرض فيها، والأجل يحل إما بانقضائه وإما بسقوطه كما لو تم إشهار إفلاس المقرض<sup>(5)</sup>، فإن لم يوجد اتفاق على أجل القرض -وهذا نادر- فإن القواعد العامة تسري في هذه

(1) قد يكون الرد عند الطلب، أو بعد أجل قصير، أو بعد أجل معين من وقت الطلب.

(2) الوسيط في شرح القانون المدني، عبد الرزاق السنهوري 753-755/1/7.

(3) طعن رقم 113 لسنة 36ق- جلسة 1973/10/31.

(4) الوسيط في شرح القانون المدني 423/5.

(5) المرجع السابق 746-475/5.

الحالة، يقول السهوري: "وقد كان المشروع التمهيدي يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى، إذ كانت المادة (729) من هذا المشروع تنص على ما يأتي: "ينتهي القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه. أما إذا لم يحدد العقد أجلاً للقرض، اتبع في شأنه حكم مقدرة المدين أو عند ميسرته (مدني 272) .... ونرى أن القواعد العامة تقضي بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن فإن ظهر من الظروف أنهما أردا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض، وجب على المقرض أن يرد القرض بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد، وإن ظهر أن المتعاقدين إنما أردا ألا يسترد المقرض القرض إلا عند مقدرة المقرض على الوفاء أو عند ميسرته، وجب اتباع هذا الحكم، ونرجح، عند الشك في تبين نية المتعاقدين أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة<sup>(1)</sup>.

وقصدت من هذه الإطالة أن هناك فرصة للبنوك الإسلامية للتقدم بتعديل هذه القوانين، ولا سيما بعد صدور قوانين خاصة بها تراعي طبيعتها. لأن القرض الذي تم تكييف الودائع به، لم تعط الوديعة جميع أحكام القرض.

### حكم ضمان رأس مال المضاربة:

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 123 (13/5): "المضارب أمين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير. بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها. ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة. ولا يتغير بدعوى قياسها على الإجارة المشتركة، أو بالاشتراط والالتزام". يقول الإمام ابن قدامة -رحمه الله- "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضعية، فالشرط باطل لا نعلم فيه خلافاً"<sup>(2)</sup>. لأن الوضعية في المضاربة على المال خاصة، ليس على العامل منها شيء، لأن الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه، فيكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من نماء<sup>(3)</sup>. والفقهاء مع اتفاقهم على فساد الشرط إلا أنهم اختلفوا هل هذا الشرط يفسد العقد أم لا. ذهب أكثر الفقهاء إلى عدم فساد العقد، فالشرط باطل والعقد صحيح، يقول الإمام الكاساني: "ولو شرط في العقد أن تكون الوضعية عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة، والأصل في الشرط الفاسد إذا دخل في هذا العقد أنه ينظر إن كان يؤدي إلى جهالة الربح فإنه يوجب فساد العقد، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، وإن كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضعية عليهما شرط فاسد، لأن الوضعية جزء هالك من المال فلا يكون إلا على رب المال لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح، فلا يؤثر في العقد فلا يفسد به، ولأن هذا عقد تقف صحته على القبض فلا يفسده الشرط الزائد الذي لا يرجع إلى المعقود عليه كالهبة والرهن، لأنها وكالة والشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة"<sup>(4)</sup>.

يقول القدوري: "كل شرط يوجب جهالة الربح أو قطع الشركة في الربح يوجب فساد المضاربة، وما لا يوجب شيئاً من ذلك لا يوجب فسادها نحو أن يشترط أن تكون الوضعية عليهما"<sup>(5)</sup>.

ويقول الإمام الدردير: "القراض إذا شرط فيه على العامل ضمان رأس المال إذا أتلّف أو ضاع بلا تفريط فاسد، ولا يعمل بالشرط، وفيه قراض المثل في الربح إن عمل"<sup>(6)</sup>.

يقول الصاوي: "أما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف.

(1) المرجع السابق 479/5-480.

(2) المغني لابن قدامة 40/5.

(3) المرجع السابق 22/5.

(4) بدائع الصنائع 119/5.

(5) الفتاوى الهندية 288/.

(6) الشرح الصغير على أقرب المسالك 687/3-688.

وأما إن دفع رب المال للعامل المال واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديده فلا يفسد بذلك، لأن هذا الشرط جائز، وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقاً، تعدى في التلف أم لا ففسد القراض ولو كان الضمان بالوجه ولا يلزم<sup>(1)</sup>.

ويقول الإمام النووي: "إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط، فله ثلاثة أحكام: أحدها: تنفيذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح؛ لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة. الثاني: سلامة الربح بكماله للمالك.

الثالث: استحقاق العامل أجره مثله، سواء كان في المال ربح أم لا. وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد<sup>(2)</sup>.

ويقول ابن قدامة: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة، فالشرط باطل. ولا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح، نص عليه أحمد، وهو قول أبي حنيفة ومالك. وروي عن أحمد أن العقد يفسد به، وحكي ذلك عن الشافعي، لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم، والمذهب الأول ولنا: أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح، فلم يفسد به، كما لو شرط لزوم المضاربة، ويفارق شرط الدراهم؛ لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح مجهولة"<sup>(3)</sup>.

ومن هذه النصوص يتضح عدة أمور:

أولاً: إن الفقهاء ذهبوا إلى تصحيح العقد، وإبطال الشرط، وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن المضاربة في حال فسادها فإن الربح كله لرب المال، والمضارب له أجره المثل، وهذا يعني أن المضاربة انقلبت إلى عقد إجارة، فإن عمل المضارب في المضاربة الفاسدة فإن له أجر مثله، سواء ربحت المضاربة أو لم تربح، لأنه استوفى عمله عن عقد فاسد ببديل، إلا أن الإمام أبا يوسف -رحمه الله- اشترط شرطين للحصول على أجر المثل: الأول: أن تربح المضاربة، فإذا لم تربح لا أجر له، لأن المضاربة الفاسدة لا تكون أقوى من الصحيحة، ومعلوم أن المضارب في الصحيحة إذا لم يربح لم يستحق شيئاً، ففي الفاسدة أولى. الثاني: أن أجر المثل لا يجاوز به المسمى من الربح في المضاربة.

وذهب الإمام محمد -رحمه الله- إلى أن له أجر المثل، ربح أم لم يربح، وبالغا ما بلغ أجر المثل، لأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة، وإجارة يجب فيها الأجر، ربح أو لم يربح<sup>(4)</sup>. بينما ذهب المالكية إلى أن له ربح المثل، وهو ما رجحه الإمام ابن تيمية -رحمه الله- حيث قال: "ولهذا كان الصواب أن يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل لا أجره المثل، فيعطي العامل ما جرت به العادة أن يعطاه مثله من الربح، إما نصفه وإما ثلثه وإما ثلثاه"<sup>(5)</sup>. وعليه لو اعتبرنا أن القانون الذي يجعل رأس مال المضاربة مضموناً على المصرف بمثابة الشرط في صلب عقد المضاربة فإن العقد يعتبر صحيحاً والشرط باطل، وللمصرف مضاربة المثل.

ثانياً: هل الإلزام بموجب القانون بمثابة الإلزام في صلب العقد:

(1) المرجع السابق 687/3-688.

(2) روضة الطالبين 205/4.

(3) المغني 40/5.

(4) الجوهرة النيرة شرح لمختصر الإمام القدوري لأبي بكر بن علي الحداد 444/3.

(5) مجموع الفتاوى 509/20.

مما لا شك فيه أن القانون الواجب التطبيق له السيادة على أحكام العقد، فما يتفق عليه الطرفين ينبغي أن لا يخالف نصوص القانون السائد، إلا أنني أعتقد أن الإلزام بموجب القانون يختلف عن الإلزام بالشرط بين الطرفين في صلب العقد، فلوتغير القانون وكان هناك اشتراط في صلب العقد على الضمان فإن الضمان سوف يستمر، بخلاف ما إذا كان الإلزام بالضمان لم يكن مشروطاً في صلب العقد-ثم تغير القانون- فإن الطرف المقابل لا يستطيع أن يلزم الطرف الآخر بالضمان.

ثالثاً: إن هذا الأمر لا يتعلق بعقد المضاربة وضمان رأس المال فقط، بل يتعلق بجميع عمل البنوك، فقد صدر مؤخراً عدة أحكام قضائية نهائية باعتبار عقد الإجارة المنتهية بالتملك أنه عقد بيع أو عقد قرض بفائدة، ومع ذلك استمرت البنوك الإسلامية بتقديم المنتج، كما صدرت بعض الأحكام القضائية بإلزام مصدر الصكوك بالشراء بالقيمة الإسمية في صكوك المضاربة، وأن نظم المحاسبة الدولية تلزم بإدراج الودائع الاستثمارية والصكوك في جانب المطلوبات، وهو مخالف للتكييف الشرعي لها، ومع هذا استمرت البنوك الإسلامية بعملها، وأقصد من هذا أن البنوك الإسلامية منذ نشأتها وهي تعمل في بيئة غير بيئتها سواء القانونية أو المحاسبية أو الرقابية ومع ذلك استمرت ونمت وتطورت وازدهرت، بل إن كثيراً من القوانين والتعليمات الرقابية تغيرت لكي توائم طبيعة عمل المؤسسات المالية الإسلامية.

رابعاً: قام البنك المركزي البريطاني مؤخراً بإلزام البنوك الإسلامية العاملة في بريطانيا بأن تضع شرطاً في العقود يلزمها بضمان الودائع الاستثمارية، إلا أن الهيئات الشرعية أضافت في العقد بأن ذلك الشرط مخالف للأحكام الشرعية، وأن ذلك جاء امتثالاً لتعليمات البنك المركزي.



## المسألة الثانية: طبيعة الوعاء الاستثماري:

جاء في موقع ويكيبيديا في تعريف الشخصية الاعتبارية ما يلي:

"الشخص الاعتباري: مجموعة من الأشخاص والأموال يتوفر لها كيان ذاتي مستقل تستهدف تحقيق غرض معين وتتمتع بالشخصية القانونية في حدود هذا الغرض.

وللشخص الاعتباري العناصر الآتية:

1. مجموعة من الأشخاص أو الأموال لها كيان ذاتي مستقل.
2. غرض أو هدف معين يسعى الشخص الاعتباري إلى تحقيقه، وهذا الغرض قد يكون تحقيق الربح، وقد يكون خدمة عامة، فيشترط في هذا الغرض أن يكون مشروعاً وأن لا يخالف النظام العام أو الآداب.
3. اعتراف القانون: والاعتراف قد يكون عاماً أو خاصاً، فالعام: أن يضع القانون شروطاً عامة مقدماً، فإذا توافرت هذه الشروط في أي شيء أو هيئة فإنها تكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، أما الخاص: فيقصد به أن كل شركة أو هيئة تتقدم بصفة مستقلة للجهات المختصة لكي تطلب اكتساب الشخصية الاعتبارية إذا توفرت الشروط المقررة قانوناً<sup>(1)</sup>.

ويتضح من هذا أن وعاء المضاربة في المصارف الإسلامية لا يعتبر كياناً مستقلاً، وليس له صفة اعتبارية. وإنما هو عبارة عن حساب يتم فيه تجميع المبالغ التي سيتم استثمارها تحت إدارة الخزينة في البنك، وفي هذا الحساب يتم خلط أموال المودعين مع أموال المساهمين، وهو ما يكون الوعاء العام للبنك، فهو في حقيقته نوع من أنواع الحسابات، وقد جاء في معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي: يقصد بحسابات الاستثمار المطلقة: الحسابات النقدية التي يستلمها المصرف على أساس القبول العام منه وموافقة أصحاب الأموال باستعمالها واستثمارها بدون قيد أو شرط، بما في ذلك خلطها باستثمارات المصرف، واشتراك الطرفين بحصص شائعة فيما يتحقق من أرباح على أن يأخذ المصرف نصيبه من ربح حسابات الاستثمار بصفته مضارباً، وتوزع الخسائر بقدر المساهمة في التمويل<sup>(2)</sup>.

فالأموال التي تم خلطها من المساهمين والمودعين تسمى حساباً، ولذلك تظهر هذه الحسابات من ضمن عناصر قائمة المركز المالي. ويمكن التمييز بين الوعاء وإن شئت قلت الحساب ما إذا كان هذا الوعاء لبنك إسلامي أو تقليدي أو مختلط:

أ- الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي:

لا إشكال في الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي، حيث إن الوعاء يتم استثماره وفق أحكام الشريعة الإسلامية، والعوائد الناتجة من هذا الاستثمار يتم توزيعها وفق ما هو متفق عليه بين المضارب (المصرف) ورب المال (المودعون).

ب- الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي:

كما لا يوجد إشكال أيضاً في عدم جواز الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي حيث يتم إقراض هذه الأموال وفق سعر فائدة محدد بموجب عقد القرض المتفق عليه بين الأطراف.

ت- الوعاء الاستثماري المختلط:

ونقصد بالوعاء الاستثماري المختلط: هي الأموال المختلطة من نشاط يعمل وفق أحكام الشريعة وآخر نشاط تقليدي سواء كان هذا الخلط ناشئاً من:

1. تملك البنك التقليدي لنفاذة إسلامية.

(1) www.ar.wikipedid.org

(2) طعن رقم 113 لسنة 6ق- جلسة 1973/10/31.

2. رغبة البنك التقليدي بالتحول إلى بنك إسلامي.

3. اندماج البنك الإسلامي مع بنك تقليدي.

وفي جميع هذه الصور يجب فصل الأموال ذات النشاط المتوافق مع أحكام الشريعة عن الأموال ذات النشاط المحرم، ولا يكفي التأكد من أن الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه المصرف من أموال على سبيل المضاربة، وعليه فلا يجوز أن يكون الوعاء مختلطاً من النشاط المشروع والنشاط غير المشروع لعدة أسباب منها:

- أ- إن اختلاط الوعاء سوف يؤدي إلى أن يكون حساب الأرباح والخسائر واحداً، وهذا سيؤدي إلى أن المعاملات غير المشروعة سوف يتم أخذ مخصص لها من ربح المعاملات المشروعة، مما يؤدي إلى نقص أرباحها، فمثلاً إذا تم أخذ مخصص لقرض ربوي وليكن مثلاً مليون دينار، فإنه سيؤخذ من ربح الوعاء، لأنه بخلط الأموال يصبح وعاء واحداً، وبالتالي ربح المعاملات المشروعة سوف ينخفض بمقدار مشاركتها في هذا المخصص.
- ب- إذا تم خلط أموال المعاملات المشروعة مع المعاملات غير المشروعة في وعاء واحد فإن مصاريف القروض الربوية سوف يتحمل جزءاً منها المعاملات المشروعة، وعليه فإني أرى عدم جواز خلط الأموال في وعاء واحد يتضمن الأموال المشروعة والأموال غير المشروعة.

### المسألة الثالثة: الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح:

ترغب البنوك بالاستثمار طويل الأجل، لأنه يدر عليها عوائد مستمرة، مما يؤدي إلى استقرار معاملاتها وزيادة أرباحها، وهذا الأمر يحسن إدارة السيولة لديها، فالسحوبات المتكررة للعملاء تجعل البنك يحتفظ بسيولة نقدية كبيرة لمواجهة هذه السحوبات، مما يخفض حجم الاستثمارات لديه. ولذلك تعتمد البنوك إلى حد عملائها على الاستمرار في استثمار أموالهم مع البنك وعدم سحب تلك الأموال، ومن أهم الوسائل التي اتخذتها البنوك لحث عملائها على عدم سحب أموالهم فقدان العميل الربح المتوقع من المضاربة بين الطرفين، وهذا الشرط اتخذ عدة صور:

- أ- في حالة الودائع المستثمرة إذا قام العميل بسحب وديعته فإنه يعطي أرباح الحساب الاستثماري بدلاً من أرباح الوديعة التي في الغالب تكون أعلى من أرباح الحساب الاستثماري.
- ب- في حالة حسابات الاستثمار أحياناً يعطي أرباح متوسط الحساب، أي ينظر إلى الأموال والوقت الذي استثمرت فيه تلك الأموال، فمثلاً إذا قام العميل بإيداع مبلغ في حسابه الاستثماري ما مقداره 10.000 ثم سحب 5.000، ثم أودع 2.000 ثم سحب 3.000 فأعلى مبلغ كان 10.000 وأدنى مبلغ 4.000 فالمتوسط فرضاً 6.000 فإنه يعطي أرباحاً على هذا المبلغ.
- ت- وأحياناً يعطى العميل أرباحاً على الحد الأدنى لحسابه، فمثلاً لو أن العميل أودع 10.000 واستمر المبلغ لمدة عشرة أشهر ثم سحب العميل 9.000 ثم بعد أسبوع أودع 9.000 واستمر المبلغ لآخر السنة فإن العميل يستحق ربحاً على الرصيد الأدنى وهو 1.000.

والأصل في جواز هذه الصور هو المباراة بين الطرفين أي بين البنك والعميل، فالعميل يبرئ البنك من أرباحه اللاحقة، كما أن البنك يبرئ العميل من الخسارة اللاحقة، فالعميل تم استثمار أمواله إلا أن التنضيق الحكمي أو الحقيقي لم يتم، فقام العميل بسحب جزء من أمواله والتي تم استثمارها، فهو يتنازل عن تلك الأرباح، كما أن البنك يتنازل عن الخسارة من تلك الأموال إن وجدت ويبرئ العميل منها. فالإبراء هو:

- هبة الدين لمن عليه الدين، وكما يستعمل في الإسقاط يستعمل في الاستيفاء<sup>(1)</sup>.
  - وعرفه شيخنا الدكتور نزيه حماد بأنه: الخروج من الشيء ومفارقتة<sup>(2)</sup>.
  - وعرف أيضاً بأنه: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبلة<sup>(3)</sup>.
- والمباراة مفاعلة من البراءة، فالطرفان كل منهما يبرئ صاحبه حقه.

- هل الإبراء إسقاط أم تمليك؟

اختلف الفقهاء فيه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: وعليه جمهور الحنفية، وهو قول لكل من المالكية والشافعية، والراجح عند الحنابلة أنه إسقاط. القول الثاني: ما نقله بعض الشافعية وابن مفلح في بعض المسائل أنه تمليك من وجه.

(1) الكليات للكفوي 33 مؤسسة الرسالة.

(2) معجم المصطلحات المالية والاقتصادية 93، دار القلم.

(3) الموسوعة الفقهية الكويتية 142/1 وزارة الأوقاف الكويتية.

القول الثالث: وهو ما نقله ابن مفلح أيضاً من الحنابلة جزموا أنه تملك (1). وذهب الإمام النووي -رحمه الله- إلى عدم الترجيح بإطلاق، أي أن الإبراء لا يعتبر تملكاً بإطلاق ولا إسقاط بإطلاق، بل يختلف بحسب الصور، فأحياناً يعتبر تملكياً وأحياناً يعتبر إسقاطاً (2). وهذا يتضح من الصور التي ذكرها الفقهاء للإبراء، ففي بعضها اعتبروا الإبراء تملكياً، وفي بعضها الآخر اعتبروه إسقاطاً (3).

وثمرة هذا الخلاف تظهر في الآتي:

- أ- من ذهب من الفقهاء بأن الإبراء إسقاط قال بأن الإبراء من الدين لا يحتاج إلى القبول من المدين، لأن الإسقاط لا يحتاج إلى القبول. ومن ذهب إلى أن الإبراء تملك قال إن الإبراء يحتاج إلى قبول من عليه الحق، لأن الإبراء نقل للملك، أي تملك ما في ذمة المدين له، فيكون من قبيل الهبة، وهي لا بد فيها من القبول (4).
- ب- من رأى أن الإبراء إسقاط ذهب إلى صحة الإبراء من المجهول، أما من ذهب إلى أنه تملك اشترط العلم، لأنه لا يمكن تملك المجهول (5).

وعليه إن اشتراط البنك على العميل أنه في حال قيام العميل بسحب جزء من أمواله المستثمرة يعتبر تنازل من العميل عن أرباحه وتنازل البنك عن مطالبة العميل بالخسائر اللاحقة التي قد تظهر. ولذلك جاء في المعيار الشرعي (40) ما يأتي بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة: "ينص في عقود الحسابات الاستثمارية المشتركة القائمة على أساس المضاربة التي يقع فيها التخارج على مبدأ المباراة الذي يقتضي إبراء المتخارج لأصحاب الحسابات الاستثمارية (المودعين) عند التخارج من أي ربح لم يوزع أو لم يظهر، وإبرأؤهم له من أي خسارة تظهر بعد" وعليه فلا مانع من الاتفاق مع العميل أنه في حال قيامه بسحب أمواله فإنه سيحصل على ربح حساب التوفير أو متوسط المبالغ أو الرصيد الأدنى، وإن كنت أعتقد أن متوسط الرصيد أكثر عدالة، لأن العميل الذي استمر في وديعته لمدة أحد عشر شهراً واضطر لسحب أمواله ثم أرجعها بعد أسبوع سوف يتم حرمانه من أرباحه، بينما متوسط الرصيد سوف سيراعي مثل هذه الحالات.

- حكم النص على أنه إن نقص رصيد العميل عن متوسط الرصيد الشهري وليكن مثلاً 10.000 فإنه سيتحول الحساب إلى حساب جاري، أرى والله أعلم عدم جواز ذلك للأسباب الآتية:

- أ- أن جزءاً من أموال العميل تم استثمارها وبقيت عند البنك وبيع البنك فلماذا يتم حرمان العميل منها.
- ب- أن العميل إنما دخل مع البنك في عقد مضاربة، ولم تفسد المضاربة، فما الذي يجعلها تتحول إلى عقد إبطاع أو قرض.
- ت- قلنا في المسألة الأولى عن فساد المضاربة فإن الربح كله يكون لرب المال (المودعين)، والعامل (المصرف) له أجر المثل أو ربح المثل، وفي هذه الصورة فإن الربح سيكون جميعه للبنك.

- احتساب رسوم في حال انخفاض رصيد الحساب الاستثماري:

عرضت إدارة بنك البحرين الإسلامي على الهيئة الشرعية سؤالاً عن مدى جواز أخذ رسوم على حسابات التوفير والجاري في حال انخفاض الرصيد عن الحد الأدنى والسؤال هو:

(1) الموسوعة الفقهية الكويتية 148/1.

(2) المنثور في القواعد للزركشي 81/1 وزارة الأوقاف الكويتية.

(3) الأشباه والنظائر للسيوطي 312 دار الكتاب العربي.

(4) درر الحكام شرح مجلة الأحكام 64/4، مغني المحتاج 179/2، شرح منتهى الإيرادات 143-142/2.

(5) حاشية الدسوقي 99/4.

هل يجوز أخذ رسوم على حساب التوفير والجاري إذا انخفضت عن مبلغ محدد على النحو التالي:  
حسابات التوفير: إذا انخفض المبلغ عن خمسة دنانير بحرينية شهرياً.  
الحساب الجاري: إذا انخفض المبلغ عن خمسين ديناراً بحرينياً شهرياً.

#### الجواب:

لا مانع شرعاً من أخذ البنك رسوماً على حسابات التوفير والحسابات الجارية إذا انخفض عن مبلغ محدد بشرط أن يكون ذلك مصرحاً به مسبقاً في استمارات فتح الحساب أو يبلغ به الزبائن قبل تنفيذه عليهم، على اعتبار أن هذا الرسم نظير التكلفة العالية لخدمة هذه الحسابات القليلة الرصيد. ولكن ترى الهيئة أن ذلك ليس من مصلحة البنك وقد يسبب حرجاً لأصحاب الدخل المحدود الذين يعتمدون على رواتبهم وبعض الذين يفتحون الحسابات الجارية لدفع مرابحاتهم التي يجرونها مع البنك، وهذه فئة كبيرة تتعامل مع البنك، ولو اعتبر البنك تقديم هذه الخدمة من قبيل نفع الناس وخدمتهم لكان ذلك خيراً، والله لا يضيع أجر المحسنين<sup>(1)</sup>.

---

(1) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي 247.

#### المسألة الرابعة: نسبة الربح إلى رأس المال:

إن عقد المضاربة قائم على المشاركة في الربح، وأي شرط يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح يصير المضاربة باطلة، كما أسلفنا في المسألة الأولى، وعليه فإن البنوك الإسلامية تنص في عقودها على أن الربح حصّة شائعة بين المضارب (البنك) ورب المال (العميل)، فمثلاً يتم الاتفاق على أن المضارب له 60% من الربح ورب المال له 40% من الربح.

وبعد ظهور الربح يتم قياس ربح رب المال إلى رأس ماله، فيكون الربح قد حقق عائداً مثلاً على رأس المال 6% أو 7% مثلاً. وأحياناً البنك لاستقطاب ودائع جديدة فإنه يقيس العائد على رأس المال خلال السنوات الماضية، فيخبر العملاء بأن ودائعه تحقق ربحاً متوقعاً على رأس المال 6% أو 7% مثلاً، إلا أن هذا لا يتم النص عليه في العقد، كما لا يصدر تعهداً من البنك بهذا الربح. وإنما هو ربح متوقع وفق أعمال ونتائج البنك السابقة. لأن اشتراط هذا المبلغ في عقد المضاربة يؤدي إلى قطع الربح، فقد لا تريح المضاربة إلا هذا المقدار فلا يأخذ المضارب شيئاً.

إلا أن هذه الطريقة غير مفيدة لقطاع الشركات، لأن الشركات ترغب بربح محدد حتى ينعكس ذلك في بياناتها المالية، فعدم وجود تعهد من البنك بالربح المحدد يجعل الشركة غير قادرة على إضافة هذه الأرباح لأرباحها السنوية إلا بعد قبض الأرباح من البنك، والتي في العادة تتأخر إلى ما بعد صدور البيانات المالية للشركة، لذلك قامت البنوك والشركات بإبرام عقد وكالة في الاستثمار بدلاً من عقد المضاربة تشترط فيه الشركة على البنك بعدم استثماره لأموالها فيما يقل عن 6% أو 7% وإلا كان البنك مقصراً أو متعدياً، وبهذا تستطيع الشركات إدراج هذه الأرباح في بياناتها المالية لوجود تعهد من البنك بعدم استثمار الأموال فيما يقل ربحه عن النسبة المتفق عليها، وهذه النسبة في العادة منسوبة إلى رأس المال.

والطريقة الثانية التي أصبحت البنوك تمارسها أيضاً لأصحاب الشركات والأفراد ذوي الملاءمة المرابحة العكسية، بأن يقوم البنك بشراء سلعة لصالح العميل، ثم يقوم البنك بشراءها من العميل بربح محدد 6% أو 7% مثلاً يقوم البنك بسداده في فترات يتفق عليها مع العميل، وهذا الربح في الغالب منسوب إلى رأس المال.

## المسألة الخامسة: استخدام الأوزان:

تقوم بعض المصارف الإسلامية باستخدام الأوزان في حسابات المضاربة لغرض مكافأة أصحاب الحسابات الكبيرة، وبما أن جميع الأموال توجد في وعاء واحد واستثمارات مشتركة، فالمفروض عدم تمييز بعضهم على بعض، إلا أن الواقع بخلاف ذلك، وهذا التمييز في رأيي لا مانع منه، حيث إن أصحاب الحسابات الكبيرة أو طويلة الأمد لا يزاخمون صغار المستثمرين في أرباحهم، أي لا يتم خفض أرباح صغار المستثمرين لصالح أصحاب الحسابات الكبيرة، وما يتم هو تخفيض من حصة ربح البنك، فمثلاً إذا كان البنك قد تعاقد مع صغار المستثمرين بأن تكون نسبة الربح 60% للعميل و 40% للمصرف فإنه مع كبار المستثمرين فإن البنك يتعاقد 70% للعميل و 30% للمصرف، فصغار المستثمرين لن تتأثر نسبة ربحهم بزيادة نسبة أرباح كبار المستثمرين ولذلك جاء في المعايير الشرعية في معيار "توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة ما يلي: "يجوز للمؤسسة أن تحدد نسباً مختلفة بينها وبين شرائح مختلفة من أصحاب الحسابات الاستثمارية، كما يجوز أن تكون نسبة الأرباح فيما بين أصحاب الحسابات الاستثمارية موحدة، كما يجوز أن تكون مختلفة تحدد على أساس أوزان معلومة"<sup>(1)</sup>.

كما جاء في فتاوى وقرارات هيئة الرقابة الشرعية في بنك بوبيان ما يلي:  
"عرض على هيئة الرقابة الشرعية سؤال حول مدى شرعية منح أرباح تفضيلية لبعض العملاء، وتقسيماً إلى شرائح، بحسب المبلغ والمدة المستثمر فيها".

## رأي الهيئة:

بعد النظر والاطلاع رأيت الهيئة جواز إعطاء أرباح تفضيلية لبعض العملاء وفق الاقتراحات التالية:

1. تقسيم الحسابات والودائع إلى شرائح مختلفة تحدد على أوزان معلومة، فلا مانع من إعطاء أرباح مختلفة حسب الشرائح والأوزان.
2. أن يتنازل البنك عن جزء من أرباحه لصالح عملاء معينين، دون تمييز بين العميل المقصود والعملاء الآخرين، وإنما البنك هو الذي يتنازل عن جزء من أرباحه.
3. أن يكون الحساب والوديعة على أساس الوكالة، تحدد فيه النسبة المجزية للطرفين<sup>(2)</sup>.

وعليه إذا تنازل البنك عن جزء من أرباحه لأصحاب المبالغ الكبيرة فلا مانع منه، أما إذا كان البنك يرغب بعدم تغيير النسب بين البنك والعملاء سواء كانوا من صغار المستثمرين وذوي الملاءة فلا يجوز أن يفضل أصحاب المبالغ بشيء من الربح، فمثلاً اتفق البنك مع عملائه على توزيع نسبة الربح في المضاربة 60% للعميل و 40% للمصرف سواء كان العميل من صغار المستثمرين أم من أصحاب المبالغ الكبيرة، ثم يقوم البنك بإعطاء عائد على رأس المال لأصحاب المبالغ الكبيرة أعلى من العائد على رأس المال لأصحاب المبالغ الصغيرة، فإن ذلك غير جائز، لأنه في هذه الحالة سوف يأخذ من أرباح صغار المستثمرين لإعطائها لأصحاب المبالغ الكبيرة، فالربح إنما هو ناتج استثمار الوعاء المشترك فبثبات النسب في توزيع الربح لا بد أن يكون العائد على رأس المال واحداً، فإذا قام البنك بتمييز البعض فإنه يأخذ من حصة الآخرين في الربح لإعطائهم وهو غير جائز.

(1) المعايير الشرعية 10/6.

(2) فتاوى وقرارات هيئة الرقابة الشرعية لبنك بوبيان 253.

#### المسألة السادسة: ربط العائد بالمدة:

هذه المسألة لها علاقة بالمسألة السابقة فمن حيث أصل الجواز ينطبق عليها ما ينطبق على المسألة السابقة، لأن الأوزان للمبالغ تعتمد في تحديدها على مقدارها وعلى مدتها، فهما مترابطان.

وعليه يتم وضع شرائح للمضاربة كالتالي:

من يلتزم باستثمار أمواله (6) أشهر مثلاً فإن الربح 70% لصاحب الحساب و30% للمصرف ومن يلتزم باستثمار أمواله (3) أشهر فإن الربح 60% لصاحب الحساب و40% للمصرف فإذا لم يلتزم العميل بالمدة المتفق عليها فإنه يطبق عليه ما جاء في المسألة الثالثة "الرصيد الأدنى لاستحقاق الربح" فإما أن يعطى أرباح الحساب الاستثماري أو المتوسط الحسابي حسب ما تم بيانه سابقاً. ما دام أن هذا الأمر متفق عليه مسبقاً بين الطرفين.

الإشكال في هذه المسألة إذا لم يحدد البنك مدة معينة لبقاء الأموال في الوعاء الاستثماري، ويسمح في ذات الوقت للعميل بالسحب من حسابه في أي وقت، ويتم تحديد نصيبه في الربح في آخر المدة.

إن كان المقصود أن الربح غير معلوم للطرفين عند بداية المضاربة فإن ذلك يفسد المضاربة كما تم ذكره في المسألة الأولى. أما إن كان الربح محدداً عند التعاقد فإنه يجب دفع أرباح المبالغ المستثمرة بغض النظر عن مدة بقائها، لأنه لم يتم اشتراط ذلك على العميل، ولم يتم تحديد مدة المضاربة، وعدم اشتراط مدة للمضاربة هو الأصل، لأن المضاربة في الأصل عقد جائز وليس بلازم.



## المسألة السابعة: التنازل عن الربح الزائد عن المتوقع:

تقوم البنوك الإسلامية باستقبال الودائع بطريقتين:

### أولاً: عقد المضاربة:

وفيه يتم الاتفاق بين المصرف والعميل على حصة شائعة من الربح 40-60% مثلاً، وقد قلنا في المسألة الرابعة أنه لا يجوز أن ينص المصرف في عقد المضاربة على أن نسبة الربح 6% من رأس المال، لأنه يؤدي إلى قطع الربح بين الطرفين، وقلنا أيضاً إنه لا بأس من خلال التفاهات بين الطرفين أن يُعلم المصرف العميل بناء على أرباح السنوات الماضية أن ودائعه تحقق ربحاً متوقعاً على رأس المال 6%.

وبعض المصارف تضع شرطاً على العميل أنه إذا حقق المصرف عائداً على رأس المال 6% فإن العميل يتنازل عما زاد عن تلك النسبة تحفيزاً للمصرف على العمل.

### ثانياً: عقد الوكالة:

وفيه يتم الاتفاق بين المصرف والعميل على أن المصرف لا يستثمر هذه الأموال فيما تقل نسبة ربحه عن 5% مثلاً وما زاد عن هذه النسبة فإن العميل يتنازل عنها لصالح المصرف كحافز له ولبيان الحكم في هذه المسألة لا بد أولاً من بيان حكم الحافز ومن ثم حكم اشتراطه.

اختلف الفقهاء في التكييف الشرعي للحافز إلى عدة أقوال:

1. أنه عقد إجارة:

وهو ما نص عليه الإمام ابن قدامة بقوله: "إذا دفع إلى رجل ثوباً، وقال: بعه بكذا فما ازددت فهو لك صح، لما روي عن ابن عباس -رضي الله عنه- أنه كان لا يرى بأساً بأن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك<sup>(1)</sup>، ولا يعرف في عصره مخالف، ولأنها عين تنعى بالعمل فيها أشبه دفع مال المضاربة، إذا اثبت هذا فإن باعه بزيادة فهو له، لأنه جعلها أجرة"<sup>(2)</sup>.

وذهب الجمهور كما يقول الإمام ابن حجر إلى عدم جواز ذلك لكون هذا الأجر مجهولاً<sup>(3)</sup>. وأيضاً إذا قام الوكيل ببيع السلعة من غير زيادة فإنه لن يحصل على شيء وهذا لا يصح في عقد الإجارة.

2. أنه عقد جعالة:

لأن العامل إنما يحصل على الجعل إذا وجدت النتيجة، فإن لم تحصل تلك النتيجة فليس للعامل شيء، فإن قيل كيف يكون الحافز جعلاً وقد اشترط جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن يكون الجعل معلوماً جنساً وقدرًا<sup>(4)</sup>، وهو هنا مجهول، قيل إن الفقهاء وإن اشترطوا أن يكون الجعل معلوماً إلا أنهم استثنوا بعض الصور منها: أ- ما نص عليه الحنابلة بجواز الجعالة مع جهالة الجعل إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم نحو أن يقول الجاعل: من رد ضالتي فله ثلها، أو قول القائد للجيش في الغزو: من جاء بعشرة رؤوس فله رأس.

ب- كما ذهب المالكية إلى جواز أن يجاعله على تحصيل الدين بجزء معلوم كثلث أو ربع<sup>(5)</sup>.

(1) صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب أجر السمسار 394 دار ابن جزم.

(2) المغني مع الشرح 81/6.

(3) فتح الباري 527/4 دار الريان، الفتاوى الهندية 444/4، حاشية قليوبي 68/4.

(4) الموسوعة الفقهية 216/15.

(5) المرجع السابق.

إلا أن هذا التكييف يعترض عليه بمثل التكييف السابق أن العامل لوقام بالعمل المطلوب منه وباع السلعة بغير زيادة فإنه لن يحصل على شيء.

3. أنه هبة مشروطة:

وأعتقد أن هذا من أسلم التكييفات، لأن عقد الهبة من عقود التبرع التي يجوز فيها الجهالة وعليه فإن اشتراط المصرف على العميل بأن ما زاد عن الربح المتفق عليه لا مانع منه وإن كان مقدار الحافز مجهولاً، وقد جاء في معيار الشرعي رقم (13) المضاربة ما يأتي: "إذا شرط أحد الطرفين لنفسه مبلغاً مقطوعاً، فسدت المضاربة. ولا يشمل هذا المنع ما إذا اتفق الطرفان على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد طرفي المضاربة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة، فإن كانت الأرباح بتلك النسبة أو دونها فتوزع الأرباح على ما اتفق عليه".

كما جاء في المعيار الشرعي (46) معيار الوكالة بالاستثمار ما يأتي:

"يجوز أن يُشترط للوكيل بالاستثمار مع الأجرة جميع أو بعض ما زاد عن الربح المتوقع، حافزاً له على حسن الأداء".

#### المسألة الثامنة: تراكم الأرباح:

تقوم البنوك الإسلامية بإبرام عقد مضاربة مع العميل، وتقوم بتوزيع الأرباح بحسب الاتفاق بين الطرفين، فقد يكون توزيع الربح شهرياً، وقد يكون كل ربع سنة أو نصف سنة أو سنوياً، وبعض البنوك تعتبر توزيع الأرباح تنضيضاً للمضاربة، وبعضها لا يعتبره تنضيضاً، وإنما يعتبرها دفعات تحت الحساب تتم التسوية النهائية عند نهاية السنة المالية. ولم أجد فيما بحثت أن البنوك تقوم بالتنضيض اليومي للمضاربة، وإنما تقوم بالحساب اليومي، فهو تنضيض داخلي، لا أثر له على شروط التعاقد بين الطرفين، فالبنوك تقوم بحساب أرباحها يومياً. وهذا لا يعتبر إنهاء للمضاربة وابتداء مضاربة جديدة، بدليل لو حصلت خسارة لاحقة أو قام البنك بأخذ مخصصات على استثماراته فإنه يرجح بذلك على أرباح الحسابات الاستثمارية ويتم استقطاعها منهم.

وعلى العموم أي طريقة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين ويتم الإفصاح عنها لا مانع منها شرعاً.

## الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

أعتقد أن عمل البنوك الإسلامية المستمر والمتطور يوجد به مسائل تحتاج مناقشتها وتأصيلها وقبل ذلك تصورها، حتى يكون الحكم الشرعي مطابقاً للواقع، كما أن مراجعة العلماء لعمل البنوك الإسلامية يعتبر من أهم وسائل التطوير لأعمالها، ومن هذه المسائل مسائل عقد المضاربة والتي يعتقد كثير من الناس أنها استقرت وتم الاتفاق عليها، ولا يوجد جديد فيها، فهذه المسائل التي طرحها البنك الأهلي التجاري تؤكد خلاف ما يعتقد هؤلاء، وأن بعض مسائل المضاربة تحتاج لإعادة النظر والتمحيص لها.

والحمد لله رب العالمين،،

"رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِيْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ"

{البقرة/286}

كتبه الفقير إلى عفوره  
أ. د. عصام خلف العنزي